

*Gesetzliche Rechtsbeziehungen
bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Ludwig Albrecht Volz
aus Insterburg*

1965

*Gesetzliche Rechtsbeziehungen
bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis*

*Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts-und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau*

*vorgelegt von
Ludwig Albrecht Volz
aus Insterburg*

1965

Dekan: Professor Dr. Erich Streißler
Referent: Professor Dr. Gustav-Adolf Bulla
Korreferent: Professor Dr. Fritz von Hippel

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1965



Inhaltsübersicht

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	X
Einleitung	1
<u>ERSTER TEIL: Grundlagen</u>	
I. Begriff des Arbeitsverhältnisses . . .	2
1. Begriff des Arbeitsvertrages	2
2. Begriff des Arbeitsverhältnisses . .	3
II. Wesen des Arbeitsverhältnisses	4
1. Privatrechtsverhältnis	4
2. Gemeinschaftsverhältnis	5
3. Dauerschuldverhältnis	6
4. Dienstverhältnis	7
 <u>ZWEITER TEIL: Gesetzliche Rechtsbeziehungen</u> bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis	
1. Kapitel: Begründung des Arbeitsverhältnis- ses	
I. Abschluß des Arbeitsvertrages	8
1. Angebot und Annahme	8
2. Vertretung	8
3. Teilweise Geschäftsfähigkeit	9
II. Nichtigkeit des Arbeitsvertrages . . .	10
1. Vor Aufnahme der Arbeit	10
a) Grundsätzlich uneingeschränkte Nichtigkeit	10
b) Begründung	11
c) Ausnahme: § 139 BGB	11

2. Nach Aufnahme der Arbeit im allge- meinen	14
a) Grundsätzlich eingeschränkte Nichtigkeit	14
b) Motiv	15
c) Begründung und Konstruktion . . .	16
d) Andere Meinungen	20
3. Nach Aufnahme der Arbeit im beson- deren	21
a) Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes	21
b) § 105 BGB	22
c) § 108 BGB	24
d) § 116 Satz 2 BGB	26
e) § 117 Abs.1 BGB	26
f) § 118 BGB	26
g) § 125 BGB	27
h) § 134 BGB	28
i) § 138 BGB	29
k) § 139 BGB	29
l) § 306 BGB	30
III. Anfechtung des Arbeitsvertrages	30
1. Anfechtung des Arbeitsvertrages vor Aufnahme der Arbeit	34
2. Anfechtung des Arbeitsvertrages nach Aufnahme der Arbeit	34
a) Wichtiger Kündigungsgrund	34
b) Fortbestehen des Anfechtungsgrun- des	34
c) § 124 Abs.1 BGB	35
d) Grundsätzlich keine Rückwirkung (§ 142 BGB)	36
e) Ausnahme: § 123 BGB	39
f) § 122 BGB	40
3. Anfechtung einer einzelnen Vertrags- abrede	40

	Seite
2.Kapitel: Arbeitsvertragliche Pflichten des Arbeitnehmers	41
I. Arbeitspflicht	41
1. Inhalt der Arbeitspflicht	42
a) § 613 Satz 1 BGB	42
b) § 613 Satz 2 BGB	42
c) § 242 BGB	42
2. Befreiung von der Arbeitspflicht	43
a) § 615 BGB	43
b) § 275 BGB	43
c) § 242 BGB	44
d) Leistungsverweigerungsrecht	44
3. Nicht- und Schlechtleistung	45
a) Unmöglichkeit	46
aa) Nichtleistung und Unmöglichkeit	46
bb) Vorsatz und Fahrlässigkeit	47
cc) Rechtsfolgen	48
b) Verzug	51
aa) Nichtleistung der Arbeit	51
bb) Vermutung	51
cc) Rechtsfolgen	51
c) Schlechtleistung	52
aa) Tatbestand	52
bb) Vorsatz und Fahrlässigkeit	53
cc) Rechtsfolgen	53
4. Gefahrengeseigerte Arbeit	54
a) Schädigung des Arbeitgebers	54
b) Schädigung eines unternehmensfremden Dritten	59
c) Schädigung eines Arbeitskameraden	60
d) Innerbetrieblicher Schadensausgleich	68
II. Treuepflicht	75
1. Inhalt und Funktion	75
2. Begründung	76
a) § 242 BGB	76
b) Andere Begründungsversuche	78

	Seite
III. Gehorsamspflicht	78
3. Kapitel: Arbeitsvertragliche Pflichten des Arbeitgebers	79
I. Lohnzahlungspflicht	79
1. § 612 Abs. 1 BGB	79
2. Inhalt der Lohnzahlungspflicht	79
a) Höhe des Lohnes	79
b) Zeit der Lohnzahlung	80
c) Zahlungsort	80
d) Rückzahlung zuviel erhaltenen Lohnes	80
e) Verjährung des Lohnanspruches	81
f) Quittung	81
3. Lohnzahlungspflicht und Nichtleistung der Arbeit	81
a) Grundsatz	81
b) Anwendungsfälle	82
aa) § 323 BGB	82
bb) § 325 BGB	82
c) Ausnahmen	82
aa) § 324 BGB	83
bb) § 615 BGB	83
cc) § 616 BGB	83
dd) Betriebsrisiko	84
II. Treue- und Fürsorgepflicht	89
1. Inhalt und Funktion	89
2. Begründung	90
a) § 242 BGB	90
b) Sozialrechtliches Schutzprinzip	91
c) Wesen des Arbeitsverhältnisses	92
d) §§ 617, 618 BGB	92
3. Gesetzlich normierte Treue- und Fürsorgepflichten	92
a) §§ 617, 618 BGB	93
b) § 629 BGB	93
c) § 630 BGB	93

	Seite
III. Gleichbehandlungspflicht	94
1. Abzulehnende Begründungsversuche .	94
a) Allgemeiner Gleichheitssatz . .	94
b) Art.3 GG	95
c) Sozialrechtliches Schutzprinzip	96
d) Betriebsgemeinschaft	96
e) § 51 BetrVG	97
f) Konkrete Ordnung des Betriebes .	98
2. Eigene Begründung mit der Treue- und Fürsorgepflicht	99
IV. Beschäftigungspflicht	102
V. Pflicht zur Gewährung von Urlaub . . .	105
VI. Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen .	107
4.Kapitel: Beendigung des Arbeitsverhältnisses	108
I. Kündigung	108
II. Fristablauf	109
III. Aufhebungsvertrag	111
IV. Bedingung	111
 <u>DRITTER TEIL: Entwicklungstendenzen und ihre</u> Deutung	
I. Arten gesetzlicher Rechtsbeziehungen .	113
II. Tendenzen der Anerkennung gesetzlicher Rechtsbeziehungen	114
III. Versuch einer Deutung	118

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
a.F.	alter Fassung
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts - Arbeitsrechtliche Praxis -
Arbeitgeber	Der Arbeitgeber, Zeitschrift der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ARS	Arbeitsrechtssammlung, früher Bensheimer Sammlung
ARSt.	Arbeitsrecht in Stichworten
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
BAG	Bundesarbeitsgericht
BArbBl.	Bundesarbeitsblatt
BB	Der Betriebs-Berater; Zehntagedienst für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht
Beschl.	Beschluß
BetrVerf.	Die Betriebsverfassung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11.Aufl., Berlin 1959
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DB	Der Betrieb; Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht
GewO	Gewerbeordnung vom 21.6.1869
HandwO	Handwerksordnung vom 17.9.1953
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften

HGB	Handelsgesetzbuch i.d.F. vom 6.8.1953
HGB-RGRK	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher hrsg. von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2.Aufl., Berlin 1953
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz v. 10.8.1951
LAG	Landesarbeitsgericht
LandArbO	vorläufige Landarbeitsordnung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
n.F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
PersVG	Personalvertretungsgesetz v. 5.8.1955
RArbBl.	Reichsarbeitsblatt
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
RVO	Reichsversicherungsordnung v. 19.7.1911
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
TVG	Tarifvertragsgesetz v. 9.April 1949
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909
WA	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung, Halbmonatsblatt für die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und Sozialgerichte im Bundesgebiet

Literaturverzeichnis

- Auffahrt-Müller : Kündigungsschutzgesetz, Berlin-Frankfurt a.M. 1960
- Beitzke : Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Bleckede a.d.Elbe 1948
- Below, K.H. : Die mangelhafte Arbeitsleistung im Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Sonderdruck aus der Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin-Tübingen-Frankfurt a.M. 1956
- Bobrowski, P. : Das Arbeitsrecht, 2.Aufl., Heidenheim/Brenz 1954
- Bobrowski-Gaul : Das Arbeitsrecht im Betrieb, 4.Aufl., Heidelberg 1962
- Brox, H. : Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960
- Bulla, G.-A. : Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht, München-Berlin 1954
- Denecke, J. u.a. : Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, II.Bd., 1.Teil, 11.Aufl., Berlin 1959
- Dersch-Neumann : Bundesurlaubsgesetz, 2.Aufl., München und Berlin 1963
- Dietz, R. : Betriebsverfassungsgesetz, 3.Aufl., München-Berlin 1960
- Enneccerus-Lehmann : Recht der Schuldverhältnisse, 15.Bearb., Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Halbband, 15.Aufl., Tübingen 1960
- Esser, J. : Schuldrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1960
- Fitting-Kraegeloh-Auffahrt : Betriebsverfassungsgesetz, 5.Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1960
- Forsthoff, E. : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Bd., 7.Aufl., München-Berlin 1958
- Frey, E. : Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, München-Düsseldorf 1954
- Gaul, D. : Die Arbeitsbewertung in ihrer rechtlichen Bedeutung, 2.Aufl., Kassel 1957

- Geigel, R. und R. : Der Haftpflichtprozeß, 10.Aufl., München-Berlin 1961
- Herschel-Steinmann : Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5.Aufl., Heidelberg 1961
- Hilger, M.L. : Das betriebliche Ruhegeld, Heidelberg 1955
- Hueck, A. : Deutsches Arbeitsrecht, Ein Grundriß, Berlin 1938
- Hueck, A. : Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947
- Hueck, A. : Kündigungsschutzgesetz, 4.Aufl., München-Berlin 1961
- Hueck-Nipperdey : Lehrbuch des Arbeitsrechts, I.Band, 3. bis 5.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1931
- Hueck-Nipperdey : Lehrbuch des Arbeitsrechts, I.Band, 7.Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1963
- Hueck-Nipperdey-Dietz : Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4.Aufl., München-Berlin 1943
- Hueck-Nipperdey-Tophoven : Tarifvertragsgesetz, 3.Aufl., München-Berlin 1955
- Hueck, G. : Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München-Berlin 1958
- Kaskel-Dersch : Arbeitsrecht, 5.Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
- Larenz, K. : Lehrbuch des Schuldrechts, 1.Bd., 4.Aufl., München-Berlin 1960
- Maus, W. : Das deutsche Arbeits- und Sozialrecht, 1.Bd.: Das Arbeitsverhältnis, Bleckede a.d.Elbe 1948
- Maus, W. : Handbuch des Arbeitsrechts, 2.Aufl., Baden-Baden - Frankfurt a.M.
- Mayer-Maly - Nipperdey : Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, Heft 304/305 der Reihe "Recht und Staat", Tübingen 1965
- Molitor, E. : Kommentar zur Tarifvertragsordnung vom 23.12.1918/1.3.1928, Berlin 1930
- Molitor, E. : Die Kündigung, 2.Aufl., Mannheim 1951
- Nikisch, A. : Arbeitsrecht, 1.Bd., 2.Aufl., Tübingen 1955
- Nikisch, A. : Arbeitsrecht, 1.Bd., 3.Aufl., Tübingen 1961
- Oertmann, P. : Deutsches Arbeitsrecht, Berlin 1923

- Palandt u.a. : Bürgerliches Gesetzbuch, 21.Aufl., München-Berlin 1962
- Plassmann, N. : Die Kündigung, Stuttgart-München-Hannover 1955
- Raaflaub, H.E. : Die Treuepflicht des Arbeitnehmers beim Dienstvertrag, Winterthur 1959
- Ramm, Th. : Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Karlsruhe 1955
- Schlegelberger-Schröder : Handelsgesetzbuch, 1.Bd., 3.Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1955
- Schlegelberger-Schröder : Handelsgesetzbuch, 1.Bd., 4.Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1960
- Schnorr v.Carolsfeld, L. : Arbeitsrecht, 2.Aufl., Göttingen 1954
- Siebert, W. : Faktische Vertragsverhältnisse, Karlsruhe 1958
- Sinzheimer, H. : Grundzüge des Arbeitsrechts, 2.Aufl., Jena 1927
- Soergel-Siebert : Bürgerliches Gesetzbuch, I.Bd.: §§ 1 bis 432, 9.Aufl., Stuttgart 1959
- Soergel-Siebert : Bürgerliches Gesetzbuch, II.Bd.: §§ 433 bis 853, 9.Aufl., Stuttgart 1962
- Staudinger-Coing : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I.Bd.: Allgemeiner Teil, 11.Aufl., Berlin 1957
- Staudinger-Kessler : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II.Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 4, 11.Aufl., Berlin 1958
- Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II.Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3, 11.Aufl., Berlin 1958
- Staudinger-Weber : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II.Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b: § 242, 11.Aufl., Berlin 1961
- Wallmeyer, J. : Die Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund, Stuttgart 1962
- Würdinger, H. : Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher hrsg. von Mitgliedern des Reichsgerichts, 1.Bd.: §§ 1 bis 104 HGB 2.Aufl., Berlin 1953

EINLEITUNG

Die abhängige Arbeit im Dienste eines anderen, heute wie im Jahre 1900 Existenzgrundlage des größeren Teils unseres Volkes, regelt das Bürgerliche Gesetzbuch im Recht der Schuldverhältnisse, nach dem Darlehen, vor dem Werkvertrag. Doch schon bald nach der Kodifikation unseres Privatrechtes zeigte sich, daß das Dienstverhältnis - entgegen der Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches - nicht nur ein Schuldverhältnis unter vielen war. Die soziale Bedeutung des Dienstverhältnisses der Abhängigen ließ dieses Rechtsband, das Arbeitsverhältnis, zum Grund einer neuen Disziplin werden. Nun war die Entwicklung des Arbeitsrechtes, die mit Macht nach dem Ende des ersten Weltkrieges begann, nicht nur eine des kollektiven Aspektes. Sie erfaßte geradeso die gesetzlichen Rechtsbeziehungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer schuf, änderte oder konkretisierte sie gar zu neuen - dem bürgerlichen Recht unbekannten - Instituten.

In dieser Arbeit soll - nach einer Definition des Arbeitsvertrages und des Arbeitsverhältnisses, wichtigster Grundbegriffe des Arbeitsrechtes, die vorab einer Klärung bedürfen - der Stand bestimmt werden, den diese Entwicklung der gesetzlichen Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art bis heute im Arbeitsverhältnis erreicht hat. Es wird deshalb - im wesentlichen - zu prüfen sein, welche Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches unverändert auf das Arbeitsverhältnis angewandt werden können und welche nur modifiziert gelten, welchen Umfang die arbeitsrechtlichen Modifikationen gesetzlicher Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art haben und wie sie zu rechtfertigen sind. Schließlich soll versucht werden, aus der Entwicklung, welche die gesetzlichen Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis vor allem seit dem Ende des 2. Weltkrieges genommen haben, Tendenzen herauszulesen, die letztlich eine Aussage über die Situation unseres Individualarbeitsrechtes überhaupt erlauben.

ERSTER TEIL:

Grundlagen

I. Begriff des Arbeitsverhältnisses

Der Gegenstand dieser Untersuchung ist das Arbeitsverhältnis, genauer: das Arbeitsverhältnis als Wirkungsbereich gesetzlicher Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art, denen die Arbeit im besonderen gilt. Die Arbeitsrechtswissenschaft versteht den Begriff des Arbeitsverhältnisses nicht immer gleich. In der Literatur werden Definitionen gegeben, die sich nicht nur im Wortlaut, sondern auch ihrem Sinne nach voneinander unterscheiden. Darum ist als erstes zu schreiben, was unter einem Arbeitsverhältnis verstanden werden soll. Da der Begriff des Arbeitsverhältnisses sich aber klar nur aus dem des Arbeitsvertrages entwickeln läßt, ist mit diesem zu beginnen.

1. Begriff des Arbeitsvertrages

Zwei Definitionen des Arbeitsvertrages kommen in Betracht. Nach Nikisch¹⁾ ist der Arbeitsvertrag der Vertrag, durch den sich der Arbeitnehmer verpflichtet, in den Dienst des Arbeitgebers zu treten. Hueck²⁾ zum Beispiel³⁾ definiert den Arbeitsvertrag als einen Vertrag, durch welchen sich der Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit im Dienste des Arbeitgebers verpflichtet.

Der Arbeitsvertrag ist nach allgemeiner Ansicht - gleich dem Dienstvertrag des Selbständigen - ein Dienstvertrag im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches⁴⁾. Durch diesen

1) S.159f.

2) Hueck-Nipperdey, I S.115.

3) Vgl. etwa auch Kaskel-Dersch, S.116f; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.39 vor § 611; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.6f.; BAG, Urt.v.21.12.1954, AP Nr.2 zu § 611 BGB Lohnanspruch; v. 8.2. und 25.7.1957, AP Nr.2 und 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

4) Vgl. unten Ziffer II 4.

aber wird gemäß § 611 BGB derjenige, welcher Dienste zugesagt, zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet. Überträgt man diese Legaldefinition nun sinngemäß auf den Arbeitsvertrag, der eine Unterart des bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrages ist, und hebt zugleich hervor, was den Arbeitsvertrag vom Dienstvertrag des Selbständigen unterscheidet (nämlich daß Gegenstand des Arbeitsvertrages abhängige Arbeit, Arbeit im Dienste eines anderen ist), so gelangt man zu der Begriffsbestimmung Hueck's¹⁾. Seine Definition des Arbeitsvertrages, die den Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches klar als den Oberbegriff erkennen läßt, entspricht zudem in aller Regel den Vorstellungen der Arbeitsvertragsparteien. Vor allem aber erscheint es gar nicht notwendig, sich vom Wortsinn des § 611 BGB soweit zu entfernen, wie Nikisch das bei seiner Bestimmung für richtig hält, obwohl auch er im Arbeitsvertrag eine Unterart des bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrages sieht²⁾. Daß die Auffassung Hueck's dem Wesen des Arbeitsvertrages nicht gerecht werde und deshalb auch keine klare Abgrenzung des Arbeitsvertrages vom Dienstvertrag des Selbständigen ermögliche³⁾, ist eine These, die nicht dazu zwingt, den naheliegenden, an § 611 BGB ausgerichteten Begriff aufzugeben.

2. Begriff des Arbeitsverhältnisses

Das Arbeitsverhältnis ist - der Definition des Arbeitsvertrages entsprechend - das durch den Arbeitsvertrag begründete Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, aufgrund dessen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist⁴⁾.

1) Auch das BAG bestimmt den Inhalt des Arbeitsvertrages mit Hilfe des § 611 BGB; vgl. z.B. das Urt. v.8.2.1957, AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; dagegen Nikisch, S.603.

2) Nikisch, S.159.

3) Nikisch, S.160.

4) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.114ff.; BAG, Urt.v. 15.11.1957, AP Nr.2 zu § 125 BGB; v.8.8.1958, AP Nr.3 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis. Ähnlich ...

II. Wesen des Arbeitsverhältnisses

Letztlich bestimmt doch wohl allein das Wesen des Arbeitsverhältnisses, ob und wie Rechtsbeziehungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch generell normiert, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer speziell bestehen. Für eine Entwicklung gesetzlicher Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis kann Anlaß und Rechtfertigung zugleich letzten Endes nur das Wesen des Arbeitsverhältnisses sein. Eine verständige Betrachtung der gesetzlichen Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis, die im zweiten Teil versucht werden soll, setzt darum weiter die Kenntnis der Grundzüge voraus, die das Wesen des Arbeitsverhältnisses kennzeichnen.

1. Privatrechtsverhältnis

Der Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag: Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind als Rechtspersonen einander gleichgeordnet; vor allem aber regelt der Arbeitsvertrag einen Gegenstand des privaten Rechtes, den Austausch von Arbeit gegen Entgelt. Das durch den Arbeitsvertrag begründete Arbeitsverhältnis ist darum ein Privatrechtsverhältnis¹⁾.

.. Nikisch (S.164), der (S.168) seine in der Voraufgabe des Lehrbuches (S.140f.) vertretene Meinung, erst die Einstellung des Arbeitnehmers in den Betrieb begründe das Arbeitsverhältnis, der Arbeitsvertrag indessen schaffe ein vom Arbeitsverhältnis verschiedenes Schuldverhältnis, aufgegeben hat. Damit ist im Streit der Eingliederungstheorie mit der Vertragstheorie, die heute nur selten noch zu verschiedenen Ergebnissen führen (vgl. Hueck-Nipperdey, I S.127), ein weiterer Schritt auch auf eine theoretische Einigung hin getan. (Zum Theorienstreit vgl. Hueck-Nipperdey, I S.115ff.; Nikisch, S.173ff.)

1) Vgl. z.B. Bobrowski-Gaul, S.71; Bulla, § 1 Anm.8; Hueck-Nipperdey, I S.128; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.34 vor 611.

2. Gemeinschaftsverhältnis

Nach wohl herrschender Lehre ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis¹⁾. Darunter begreift Hueck²⁾ "ein Rechtsverhältnis, das sich nicht in einzelnen vermögensrechtlichen Leistungen beider Teile erschöpft, sondern darüber hinaus eine persönliche Verbundenheit der Beteiligten begründet und sie zu gegenseitiger Treue verpflichtet". Mit Recht wird im Blick auf diese dem Wortsinn des Begriffes entsprechende Ausdeutung des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses bestritten, daß jedes Arbeitsverhältnis Arbeitnehmer und Arbeitgeber persönlich verbinde³⁾. Nikisch schreibt⁴⁾, daß eine persönliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in größeren Betrieben und - vor allem - dann, wenn der Arbeitgeber eine juristische Person ist, notwendig fehlt. Doch lehnt er deshalb die Lehre vom Arbeitsverhältnis als einem Gemeinschaftsverhältnis nicht ab⁵⁾. Nikisch ist der Auffassung, daß der Begriff des Gemeinschaftsverhältnisses nicht unbedingt die Verbundenheit des Arbeitnehmers mit der Person des Arbeitgebers voraussetzt, sondern eine Betriebsverbundenheit genügen läßt. Dem wird man zustimmen müssen⁶⁾. Wohl bestehen auch gegen die so begründete Konstruktion eines Gemeinschaftsverhältnisses Bedenken⁷⁾. Doch kann auf sie - das

1) So z.B. Denecke, BGB-RGRK, Anm.1 vor § 611; Dersch, RdA 1958, S.441; Hueck-Nipperdey, I S.129; Kaskel-Dersch, S.113; BVerfG, Beschl.v.22.4.1958, AP Nr.2 zu § 1 UrlaubsG Hamburg; BAG, Urt.v.22.11.1956, AP Nr.1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

2) Hueck-Nipperdey, I S.129.

3) Vgl. z.B. Farthmann, RdA 1960 S.6f.; Ramm, S.21; Wlotzke-Volze bei Soergel-Siebert, Anm.12 vor § 611.

4) S.169.

5) Die Gegner der Lehre vom Arbeitsverhältnis als einem Gemeinschaftsverhältnis zählen Wlotzke-Volze bei Soergel-Siebert in Anm.12 vor § 611 auf. Siehe weiter Bobrowski-Gaul, S.237; Mohnen, RdA 1957 S.365.

6) Dagegen Wlotzke-Volze bei Soergel-Siebert, Anm.12 vor § 611.

7) Daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer verschiedene und in gewissem Sinne entgegengesetzte Interessen verfolgen, spricht allerdings, weil jeder auf den anderen notwendig

klings auch bei Nikisch¹⁾ durch - deshalb nicht verzichtet werden, weil die über Treu und Glauben hinausgehende Treuepflicht der Arbeitsvertragsparteien sich ohne die Konstruktion eines Gemeinschaftsverhältnisses nicht begründen ließe²⁾. Schon deshalb ist es nicht richtig, den personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses aus dessen "Personenbezogenheit" allein³⁾ oder aus ihr und der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers herauszulesen⁴⁾. Überdies: "Personenbezogen" ist auch der Dienstvertrag des Selbständigen⁵⁾, der Treue- und Fürsorgepflichten für die Vertragsparteien nicht begründet. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers aber kann der dogmatisch letzte Grund allenfalls der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers⁶⁾, nicht jedoch der beiderseitigen allgemeinen Treuepflichten sein⁷⁾.

3. Dauerschuldverhältnis

Der Arbeitsvertrag ist ein Schuldvertrag⁸⁾, der den Arbeitnehmer zur Leistung von Arbeit⁹⁾, den Arbeitgeber zur Zahlung eines Lohnes verpflichtet. Das Arbeitsverhältnis ist deshalb ein Schuldverhältnis¹⁰⁾, genauer: ein Dauerschuldverhältnis¹¹⁾, weil in aller Regel die Verpflichtungen der

... angewiesen ist, nicht gegen ein Gemeinschaftsverhältnis; vgl. Siebert, HDSW Bd.I S.378; anderer Meinung sind Bobrowski-Gaul, S.237; Mohnen, RdA 1957 S.365; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.10 vor § 611; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, Anm.12 vor § 611.

1) S.169.

2) Vgl. unten 2.Teil, zweites Kapitel unter II.

3) Pinther, AuR 1961 S.229; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, Anm.12 vor § 611. Vgl. auch Siebert, RdA 1958 S.367.

4) Farthmann, RdA 1960 S.7f.

5) Farthmann, RdA 1960 S.9.

6) Mit der Abhängigkeit des Arbeitnehmers begründen letztlich die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die ja nur eine besondere Ausprägung seiner Treuepflicht ist, Farthmann, RdA 1960 S.8f.; Wlotzke-Volze bei Soergel-Siebert, Anm.13 vor § 611.

7) So aber für die Treuepflicht des Arbeitnehmers Wlotzke-Volze bei Soergel-Siebert, Anm.13 vor § 611.

8) So z.B. Hueck-Nipperdey, I S.132; Nikisch, S.161.

9) Nach Nikisch, S.161, verpflichtet der Arbeitsvertrag den Arbeitnehmer, in den Dienst des Arbeitgebers zu treten; vgl. dazu oben I 1.

10) z.B. Nikisch, S.164; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, Anm.6 vor § 611.

11) z.B. Sitzler, AR-Blatt, Arbeitsrecht: Übersicht VII A unter B 4; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, Anm.6 vor § 611.

Vertragspartner für längere Zeit begründet werden. Die Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als Gemeinschaftsverhältnis schließt das nicht aus¹⁾).

Der Arbeitsvertrag zählt als Schuldvertrag zu den gegenseitigen Verträgen²⁾: Das Arbeitsverhältnis ist auf den wirtschaftlichen Austausch von Arbeit gegen Entgelt aufgebaut³⁾.

4. Dienstverhältnis

Eine exakte Position im System des Bürgerlichen Gesetzbuches aber erhält der Arbeitsvertrag erst durch seine Kennzeichnung als Dienstvertrag. Der Arbeitsvertrag ist - gleich dem Dienstvertrag des Selbständigen - eine Erscheinungsform des bürgerlichrechtlichen Dienstvertrages⁴⁾, das Arbeitsverhältnis eine Unterart des bürgerlichrechtlichen Dienstverhältnisses.

-
- 1) Der Beweis dafür ist die bürgerlichrechtliche Gesellschaft: Der Gesellschaftsvertrag begründet ein Gemeinschaftsverhältnis, welches das BGB unter die Schuldverhältnisse zählt; vgl. Hueck-Nipperdey, I S.132.
 - 2) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.133; Kaskel Dersch, S.116; Nikisch, S.161; Sitzler, AR-Blattei, Arbeitsrecht: Übersicht VII A unter B 3; Wlotzke-Volze bei Soergel-Siebert, Anm.36 vor § 611. Vgl.auch Siebert, RdA 1958, S.367.
 - 3) BAG, Urt. v. 8.10.1959, AP Nr.14 zu § 56 BetrVG.
 - 4) z.B. Bobrowski-Gaul, S.71 Anm.2; Hueck-Nipperdey, I S.134 ff.; Nikisch, S.91f.; Sitzler, AR-Blattei, Arbeitsrecht: Übersicht VII A unter B 1.

ZWEITER TEIL:

Gesetzliche Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art

im Arbeitsverhältnis

Ist aber das Arbeitsverhältnis eine Unterart des bürgerlichrechtlichen Dienstverhältnisses, so folgt daraus gewiß, daß grundsätzlich auch für das Arbeitsverhältnis die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten, die des Allgemeinen Teiles ebenso wie die des Rechtes der Schuldverhältnisse. Welche Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches im einzelnen unverändert auf das Arbeitsverhältnis angewandt werden können und welche nur modifiziert gelten, welchen Umfang die arbeitsverhältnisrechtlichen Modifikationen gesetzlicher Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art haben und wie sie zu rechtfertigen sind, soll - beginnend mit der Begründung des Arbeitsverhältnisses und bis hin zu seiner Beendigung - nun in diesem Teil der Arbeit untersucht werden.

1. Kapitel: Begründung des Arbeitsverhältnisses

I. Abschluß des Arbeitsvertrages

1. Angebot und Annahme

Der Arbeitsvertrag kommt, wie jeder Vertrag, durch die Annahme des Antrags zustande. Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Vertrag, die §§ 145-157, gelten auch für den Arbeitsvertrag¹⁾.

2. Vertretung

Arbeitgeber und Arbeitnehmer brauchen den Arbeitsvertrag nicht persönlich zu schließen. Beide können sich beim Abschluß des Vertrages vertreten lassen²⁾. Ist eine Arbeits-

1) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, S. 134; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm. 16.

2) Vgl. z.B. Nikisch, S. 184f.

vertragspartei nicht voll geschäftsfähig, so muß, wenn nicht die Voraussetzungen der §§ 112, 113 BGB erfüllt sind, der gesetzliche Vertreter mitwirken oder gar für sie handeln (vgl. die §§ 104 ff. BGB). Die Erklärung, die der gesetzliche oder bevollmächtigte Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht namens des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen: Vertretung und Vollmacht regeln auch für den Arbeitsvertrag die §§ 164 ff. BGB.

3. Teilweise Geschäftsfähigkeit

"Rechtsgeschäfte, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt", im Sinne des § 112 BGB sind auch Arbeitsverträge, die der Minderjährige im Betrieb seines Erwerbsgeschäftes mit Arbeitssuchenden schließt¹⁾: Gerade der Abschluß von Arbeitsverträgen ist ein für den selbständigen Unternehmer typisches Rechtsgeschäft. Unter den in § 112 BGB genannten Voraussetzungen kann deshalb der minderjährige Arbeitgeber ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters wirksam Arbeitsverträge schließen.

Daß § 113 BGB vor allem das arbeitsrechtliche Arbeitsverhältnis meint, kann nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht bezweifelt werden: Die Norm spricht ausdrücklich von der Ermächtigung, "in Arbeit zu treten", und vom "Arbeitsverhältnis"²⁾. Hat der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen ermächtigt, in Dienst oder Arbeit zu treten, so ist dieser im Rahmen des § 113 BGB - insbesondere für den Abschluß eines Arbeitsvertrages der gestatteten Art - voll geschäftsfähig.

1) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.173; Kaskel-Dersch, S.122; Nikisch, S.179.

2) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.173f.; Kaskel-Dersch, S.120ff.; Nikisch, S.179f. LAG Düsseldorf, Urt.v.6.9. 1961, DB 1961 S.1554.

II. Nichtigkeit des Arbeitsvertrages

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält Tatbestände, an welche als Rechtsfolge die Nichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäftes geknüpft ist. Da auch ein Arbeitsvertrag den Tatbestand einer Nichtigkeitsnorm erfüllen kann, interessiert, was daraus für Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis folgt. Es ist - mit anderen Worten - zu untersuchen, ob der Nichtigkeitsgrund das Zustandekommen des Arbeitsvertrages und damit die Begründung des Arbeitsverhältnisses vereitelt, was gewiß einer formal richtigen Anwendung der Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches entspräche.

1. Vor Aufnahme der Arbeit

a) Grundsätzlich uneingeschränkte Nichtigkeit

Die bürgerlichrechtlichen Nichtigkeitsregeln gelten, das ist einhellige Meinung, grundsätzlich ohne Einschränkung, solange der Arbeitnehmer die Arbeit noch nicht aufgenommen hat¹⁾. Der Arbeitsvertrag, der einen Nichtigkeitstatbestand erfüllt, ist dann von Anfang an nichtig. Er begründet für die Vertragsschließenden weder Rechte noch Pflichten. Der Arbeitnehmer ist deshalb um einen Lohnvorschuß, den er vom Arbeitgeber erhalten hat, ungerechtfertigt bereichert.

1) Beitzke, S.30ff.; Bobrowski, S.273; Bobrowski-Gaul, S.77; Bulla, § 9 Anm.30; Dietz, § 4 Anm.29; Enneccerus-Nipperdey, § 202 II 3; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, § 60 Anm.24; Herschel, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd.1 S.313; ders., BB 1953 S.1069; Hessel, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI, D II; Hueck, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis V (1960) B; ders., KSchG, § 1 Anm.25; Hueck-Nipperdey, I S.184ff.; Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4 Anm.8, 9, 12; Kaskel-Dersch, S.25; Schlegelberger-Schröder, § 59 Anm.15 ff., § 66 Anm.1c; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.96, 98 ff.; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.28ff.; BAG, Urt. v. 27.11.1956, AP Nr.2 zu § 4 MSchG; v. 15.11.1957, AP Nr.2 zu § 125 BGB; v. 5.12.1957, AP Nr.2 zu § 123 BGB; v. 19.6.1959, AP Nr.1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis; v. 10.3.1960, AP Nr.2 zu § 138 BGB.

Ebenso aber auch Maus, S.166 ff.; Nikisch, S.215; Schnorr v. Carolfeld, S.134 ff., 150 ff.; Ramm, S.45.

b) Begründung

Wenn Hueck¹⁾ dies damit begründet, daß vor Antritt der Arbeit ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer noch nicht bestehe, so widerspricht er seiner eigenen Lehre vom gemeinschaftsbegründenden Arbeitsvertrag, dessen Parallele nicht der Kauf, sondern der Gesellschaftsvertrag sei²⁾. Denn danach begründet eben doch schon der Arbeitsvertrag - und nicht erst die Arbeitsaufnahme - das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis.

Der Grund dafür, daß vor Antritt der Arbeit die Regeln über die Nichtigkeit ohne Einschränkung angewandt werden, ist doch der, daß die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches grundsätzlich auch das Arbeitsverhältnis regeln und bis zur Arbeitsaufnahme kein Anlaß besteht, von den bürgerlichrechtlichen Vorschriften abzuweichen: Der Arbeitsvertrag steht im allgemeinen "nur auf dem Papier" und hat irgendwelche tatsächliche Folgen nicht gehabt. Insbesondere wurden von den Arbeitsvertragsparteien Leistungen nicht ausgetauscht. Ihre Rückgewähr nach Bereicherungsrecht, die allein problematisch sein könnte, wird darum nicht notwendig. Hat aber ausnahmsweise der Arbeitgeber bei Vertragsschluß dem Arbeitnehmer einen Lohnvorschuß gezahlt, so bestehen gegen dessen Herausgabe gemäß den §§ 812 ff. BGB keine Bedenken.

c) Ausnahme: § 139 BGB

In einem Punkt allerdings weicht das Arbeitsvertragsrecht schon vor Aufnahme der Arbeit von den allgemeinen Nichtigkeitsregeln ab.

Die Nichtigkeit - insbesondere wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB) - trifft nicht notwendig den ganzen Arbeitsvertrag. Auch nur einzelne Vereinbarungen können nichtig sein. Diese Nichtigkeit einzelner arbeitsvertraglicher Bestimmungen ist

1) Hueck-Nipperdey, 6. Aufl., 1959, I S.169.

2) Vgl. dazu Hueck-Nipperdey, I S.129. - Vorsichtiger formulieren Bobrowski-Gaul, S.77: "... weil in diesem Fall die personenrechtlichen Bindungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien noch nicht wirksam geworden sind."

allerdings allein bei Abreden über Arbeitsbedingungen möglich. Sie wirkt der allgemeinen, bürgerlichrechtlichen Regel gemäß zurück¹⁾. Denn Arbeitgeber und Arbeitnehmer können miteinander einen Arbeitsvertrag schließen, ohne zu vereinbaren, unter welchen Bedingungen die Arbeit geleistet werden soll²⁾. In diesem Fall gelten die gesetzlichen, tarifvertraglichen, betrieblichen oder üblichen Bedingungen. Nicht anders kann es dann sein, wenn die Vereinbarung über eine Arbeitsbedingung nichtig ist. Die ex tunc nichtige vertragliche Bestimmung wird ersetzt durch die entsprechende, ex tunc geltende gesetzliche, tarifvertragliche, betriebliche oder übliche Regelung³⁾. Ein Grund dafür, von der bürgerlichrechtlichen Regel - etwa um einer Nichtigkeit ex nunc willen - abzugehen, ist nicht zu erkennen.

Nun bestimmt jedoch § 139 BGB, daß, ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist. Diese Norm indes wendet - auch schon vor Antritt der Arbeit - die herrschende Lehre nur eingeschränkt auf den Arbeitsvertrag an. Nach Meinung der einen ist die Vorschrift umzukehren⁴⁾. Sie lautet danach: Ist nur eine einzelne arbeitsvertragliche Abrede nichtig, so ist der Arbeitsvertrag im übrigen gültig, wenn nicht anzunehmen

- 1) Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm.16 e; Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4 Anm.11; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.99; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.33. Doch lassen sie Ausnahmen zu: Hat z.B. ein Arbeitnehmer seinem Arbeitsvertrag gemäß verbotene Mehrarbeit geleistet, so wirke die Teilnichtigkeit nicht zurück. Der Arbeitnehmer könne den Lohn einschließlich des Mehrarbeitszuschlages fordern.
- 2) So z.B. Nikisch, S.220.
- 3) Güntner, AuR 1957, S.324; Hueck-Nipperdey, I S.186; Siebert, S.91; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.29. Für die durch Anfechtung herbeigeführte Nichtigkeit: Nikisch, S.227, und Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.97.
- 4) Bobrowski-Gaul, S.77 f.; Dersch, AP, Anm. zu Nr.1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis; Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm.16 e; Kaskel-Dersch, S.25; Schnorr v. Carolsfeld, S.142; Schlegelberger-Schröder, § 59 Anm.15d. - Dem Urteil des BAG v. 19.6.1959, AP Nr.1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis, liegt diese Auffassung aber gerade nicht zugrunde, wie Dersch in seiner Anmerkung dazu schreibt. Das BAG wendet dort § 139 BGB unverändert an.

ist, daß ihn die Parteien **a l l e i n** mit der nichtigen Abrede geschlossen hätten. Nach anderer Auffassung gilt § 139 BGB unverändert für den Arbeitsvertrag, allerdings mit Ausnahmen: Hat die Teilnichtigkeit ihren Grund in einem Verstoß gegen Vorschriften des Arbeitnehmerschutzrechtes, in Lohnwucher oder einem Verstoß gegen Tarifbestimmungen oder unabdingbare Normen einer Betriebsvereinbarung, so berühre sie den übrigen Arbeitsvertrag nicht¹⁾. Wieder andere kehren die Auslegungsregel des § 139 BGB um, wenden sie aber - weder unverändert noch umgekehrt - nicht in den gerade genannten Fällen an^{2) 3)}. Diese recht weitgehende - schon einer Aufhebung der Vorschrift nahe kommende - Modifikation des § 139 BGB ist die dem Arbeitsrecht gemäße: Die Umkehrung der Regel vermindert zum Vorteil des Arbeitnehmers - den Umstand ausnützend, daß der Inhalt eines Arbeitsverhältnisses gewöhnlich selbst dann bestimmt werden kann, wenn Einzelheiten darüber nicht vereinbart sind - die Fälle der

1) Hueck-Nipperdey, I S.186; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.29.

2) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.97, 99 ff.

3) Nach Frey, AuR 1957 S.162 f., und wohl auch nach Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4 Anm.1, ist § 139 BGB in jedem Falle unanwendbar. - Nikisch, S.192, wendet § 139 nur bei Teilnichtigkeit wegen Formmangels, nicht aber bei Teilnichtigkeit wegen ungesetzlicher oder sittenwidriger Abrede an. - Sommer, AR-Blattei, Anfechtung im Arbeitsrecht I, B III 1, schränkt § 139 BGB nicht ein. - Ramm, S.44 f., der bei Lohnwucher sowohl die Nichtigkeit als auch die Gültigkeit des Arbeitsvertrages ablehnt, läßt ein von zwingenden Mindestbedingungen geregeltes Arbeitsverhältnis bestehen. - Die Urteile des BAG v. 21.10.1954 (AP Nr.7 zu § 1 KSchG und Nr.1 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) und v. 19.6.1959 (AP Nr.1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis) lassen eine Regel nicht erkennen (vgl. auch den Beschluß des Großen Senats v. 12.10.1960, AP Nr.16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, Blatt 5). Bei Lohnwucher nimmt das Gericht zwar Nichtigkeit der wucherischen Lohnabrede ex tunc an, läßt aber auch - entgegen der Ansicht von Hueck-Nipperdey (I S.186; Staudinger-Nipperdey-Neumann (§ 611 Anm.97, 99 ff.) und Wlotzke-Volze (in Soergel-Siebert, § 611 Anm.29) - den übrigen für die Vergangenheit gemäß § 612 Abs.2 BGB ergänzten Arbeitsvertrag ex nunc nichtig sein (Urt. v. 10.3.1960, AP Nr.2 zu § 138 BGB); dagegen Isele (SAE 1960 S.179) und Wlotzke-Volze (in Soergel-Siebert, § 611 Anm.29).

Nichtigkeit des Arbeitsvertrages. Die Ausnahmen verhüten, daß zugunsten des Arbeitnehmers geschaffene Normen sich gegen ihn richten. Die Lösung folgt dem sozialrechtlichen Schutzprinzip¹⁾.

2. Nach Aufnahme der Arbeit im allgemeinen

a) Grundsätzlich eingeschränkte Nichtigkeit

Hat der Arbeitnehmer die Arbeit aufgenommen²⁾, hat er insbesondere in Erfüllung des nichtigen Arbeitsvertrages Arbeit geleistet, dann ist nach herrschender Meinung das Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit grundsätzlich so zu betrachten, als ob es auf einem wirksamen Arbeitsvertrag gründete. Für die Zukunft sind die Parteien nicht gebunden. Sie können jederzeit - ohne Kündigung - auseinandergehen³⁾.

1) Das Arbeitsrecht gründet letztlich auf dem Gedanken, daß der Arbeitnehmer vor den Gefahren geschützt werden muß, die für ihn aus seiner persönlichen und meist auch wirtschaftlichen Abhängigkeit folgen. Das umschreibt der Begriff des "sozialrechtlichen Schutzprinzips des Arbeitsrechtes". Dieser Grundgedanke ist als solcher die wichtigste arbeitsrechtliche Leitlinie, aber auch ein Maßstab, um daran die Richtigkeit gefundener Ergebnisse noch einmal zu prüfen.

Zum sozialrechtlichen Schutzprinzip vgl. z.B. Bulla, Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. 1957 Nr.15 S.1 ff.; ders., Die Arbeitskammer, Zeitschrift der Arbeitskammer des Saarlandes, 1961 S.406 ff.; Dersch, Festschrift für Herschel, S.74 ff.; Kaskel-Dersch, S.1 (mit weiteren Literaturhinweisen in Anm.2).

2) Aufgenommen hat der Arbeitnehmer die Arbeit auch dann, wenn er aus einem der in den §§ 615, 616 BGB aufgezählten Gründe nicht vom Zeitpunkt des arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbeginnes an arbeiten konnte; vgl. z.B. Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.30.

3) So die im ersten Absatz der Anm.1 auf S.10 genannten Autoren und Gerichte. - Bemerkenswert ist, daß noch vor dem zweiten Weltkrieg herrschende Meinung war, daß die bürgerlichrechtlichen Nichtigkeitsregeln im Arbeitsverhältnisrecht auch nach Aufnahme der Arbeit uneingeschränkt gelten und der Arbeitnehmer deshalb grundsätzlich vom Arbeitgeber lediglich Herausgabe der unrechtfertigten Bereicherung fordern kann (vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. bis 5.Aufl., 1931, 1.Band S.144 u. 148f.; Molitor, Kommentar zur Tarifvertragsordnung, S.39f.; Oertmann, Deutsches Arbeitsrecht, S.102 ff.; RAG, Urt. v. 15.1.1930, ARS 8,171).

b) Motiv

Die recht summarischen Begründungen dafür sind eigentlich erst zu würdigen, wenn man sich überlegt hat, warum die Anwendung der allgemeinen Regeln über die Nichtigkeit auf den Arbeitsvertrag nicht befriedigt.

Aus der - gemäß der Regel - zurückwirkenden Nichtigkeit eines ganz oder zum Teil durchgeführten Arbeitsvertrages folgte, daß ein vertraglicher Lohnanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auch für die Zeit vor Geltendmachung der Nichtigkeit nicht bestände. Der Arbeitnehmer hätte - von Schadensersatzansprüchen einmal abgesehen - gegen den Arbeitgeber allein Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB). Da der Arbeitgeber die ihm geleistete Arbeit nicht herausgeben könnte, ginge der Anspruch des Arbeitnehmers auf den Ersatz des Wertes (§ 818 Abs.2 BGB). Den Wert der Arbeit aber hätte der Arbeitgeber nur insoweit zu ersetzen, als er um ihn bereichert ist (§ 818 Abs.3 BGB). Ein Vergleich dieses Wertersatzanspruches mit dem vertraglichen Lohnanspruch zeigt, daß der Arbeitnehmer, der auf die Geltendmachung der Bereicherung angewiesen ist, sich sehr viel schlechter stehen kann, als er bei Zubilligung eines Vertragsanspruches stehen würde, sogar u.U. einen Gegenwert für die von ihm geleistete Arbeit überhaupt nicht erhält. Die Meinung, der Bereicherungsanspruch gehe auf den gleichen Geldbetrag wie der vertragliche Lohnanspruch, weil der Arbeitgeber durch die Tätigkeit des Arbeitnehmers eine Arbeitskraft eingespart habe, die er auch nach Tarif oder nach üblichen Sätzen hätte entlohnen müssen, trifft in vielen Fällen nicht zu: So hat der Arbeitgeber durch die Beschäftigung des Arbeitnehmers nichts gespart - und ist er dann nicht bereichert -, wenn er den Arbeitnehmer nur aus Gefälligkeit einstellte; wenn er wegen Arbeitermangels sonst niemanden gefunden haben würde, sondern sich durch andere Verteilung der Arbeit hätte helfen müssen, oder wenn der Arbeitnehmer sich noch einarbeitete und auch sein Nachfolger erst angelernt werden mußte. Geringer als der vereinbarte Lohn ist

die Ersparnis des Arbeitgebers - und deshalb auch der dem Arbeitnehmer nach Bereicherungsrecht zu leistende Wertersatz - dann, wenn der Arbeitgeber sonst nur einen ungelerten und darum niedriger zu entlohnenden Arbeitnehmer hätte einstellen können. Nur schwer ist der Bereicherungsanspruch eines kranken oder ungeeigneten Arbeitnehmers, der ein durchschnittliches Arbeitsergebnis nicht erzielte, zu bestimmen, weil ein anderer gesunder oder geeigneterer Arbeitnehmer für den gleichen Lohn mehr geleistet hätte. Was soll schließlich ein Arbeitnehmer fordern dürfen, der Dienste höherer Art zu leisten hatte, für deren Gelingen individuelle Momente - Persönlichkeit, Erfahrung etc. - entscheidend waren? ¹⁾

Aber nicht nur an einem Lohnanspruch, auch an einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Fürsorge fehlte es bei rückwirkender Nichtigkeit des Arbeitsvertrages. Ebenso bestände ein Anspruch des Arbeitgebers auf Verschwiegenheit des Arbeitnehmers nicht, den der Arbeitsvertrag vielleicht begründen sollte. Für alle arbeitsvertraglichen Ansprüche müßten, ließe man die rückwirkende Nichtigkeit des Vertrages zu, entsprechende gesetzliche Ansprüche gesucht und oft, um zu billigen Ergebnissen zu gelangen, mühsam konstruiert werden.

Beweggrund dafür, daß die herrschende Meinung die rückwirkende Nichtigkeit des erfüllten Arbeitsvertrages ablehnt, ist die Unmöglichkeit, mit den Regeln des Bereicherungsrechtes dem Arbeitnehmer immer gerecht zu werden²⁾, sind die Schwierigkeiten, welche die Abwicklung eines durchgeführten nichtigen Arbeitsvertrages gemäß den §§ 812 ff. BGB bietet.

c) Begründung und Konstruktion

Begründet wird diese Modifikation der allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regel, daß die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes immer von dessen Vornahme an wirkt, mit dem personen-

1) Vgl. Ramm, S.7 f., und Brox, S.233 ff., die ausführlich die Schwierigkeiten einer Abwicklung nach den Regeln des Bereicherungsrechtes aufzeigen.

2) Vgl. Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.30.

rechtlichen Element des Arbeitsverhältnisses¹⁾, der gesteigerten Bestandsfestigkeit des realisierten Dauerschuldverhältnisses²⁾ und dem sozialrechtlichen Schutzprinzip³⁾. Hueck⁴⁾ schreibt, daß die Vorschriften des BGB über die rückwirkende Nichtigkeit für einen durchgeführten gemeinschaftsbegründenden Vertrag deshalb nicht passen, weil eine rückwirkende Negierung der geschaffenen Rechtsbeziehungen und ihr Ersatz durch bloße Bereicherungs- oder ggf. Schadensersatzansprüche zu recht wenig erfreulichen Folgen führe⁵⁾. Das Bundesarbeitsgericht meint⁶⁾, daß die Tatsache, daß aufgrund des nichtigen Arbeitsvertrages die Arbeit angetreten und die dem Arbeitnehmer obliegende Dienstleistung erbracht worden ist, durch die nachträgliche Geltendmachung der Nichtigkeit nicht aus der Welt geschafft werden könnte.

Der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses und das sozialrechtliche Schutzprinzip des Arbeitsrechts sind wirkliche - wenn auch sehr oft aus Verlegenheit genannte und ihrer allgemeinen Natur wegen letztlich nicht überzeugende - Rechtsgründe. Miete und Pacht zeigen, daß auch das Wesen des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis die Erklärung wohl nicht sein kann. Die Begründung des Bundesarbeitsgerichts ist nicht richtig: Wohl kann die Berufung auf die Nichtigkeit Tatsachen nicht ungeschehen machen; doch steht dies einer rechtlichen Betrachtung nicht entgegen, die einbezieht, daß diese Tatsachen ohne Rechtsgrund sind⁷⁾. Alle Begründungen dienen, ob sie es nun offen eingestehen oder nicht, einem aus Erwägungen sozialer Gerechtigkeit und der Rechtspraktikabilität gewünschten Ergebnis.

1) Dietz, § 4 Anm.29; Herschel, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd.I S.313; Siebert, S.81 ff.; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert § 611 Anm.30.

2) Siebert, S.81 ff.; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.96; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.30.

3) Kaskel-Dersch, S.25; Siebert, S.81 ff.; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.30.

4) Hueck-Nipperdey, I S.184.

5) Ganz ähnlich: Bobrowski, S.273; Bobrowski-Gaul, S.77; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.96.

6) Vgl. die in Anm.1 auf S.10 angegebenen Urteile.

7) Vgl. Hueck-Nipperdey, I S.184 Anm.2.

Es ist eine bekannte - vor allem am Beispiel formnichtiger Verträge in Literatur und Rechtsprechung oft behandelte - bürgerlichrechtliche Erscheinung, daß der Berufung auf die Nichtigkeit der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen kann¹⁾. Dem entsprechend geschieht die rechtliche Begründung und dogmatische Konstruktion der ex-nunc-Nichtigkeit des erfüllten Arbeitsvertrages richtiger mit dem - aus Treu und Glauben hergeleiteten - Verbot eines venire contra factum proprium. Die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wirkt danach in Wahrheit immer - der bürgerlichrechtlichen Regel gemäß - zurück²⁾. Doch kann sich der Arbeitgeber darauf nicht berufen, wenn der nichtige Arbeitsvertrag bereits - ganz oder zum Teil - vom Arbeitnehmer erfüllt wurde, weil er sonst seinem früheren Verhalten, das er durch die Beschäftigung des Arbeitnehmers gezeigt hat, zuwider handelte (venire contra factum proprium)³⁾. Eine nur gering variierte Begründung böte der Gedanke, daß der Berufung auf die (Form-)Nichtigkeit der Einwand der Arglist dann entgegenstehen muß, "wenn der den Parteien bei nichtigem Vertrag gewährte Rechtsschutz nicht ausreicht, vielmehr gerade die Verweigerung der dem Vertrag entsprechenden Erfüllung mit Treu und Glauben unvereinbar erscheint"⁴⁾. Diese Voraussetzungen träfen, wie die vorangestellten Betrachtungen⁵⁾ zeigen, auf den erfüllten nichtigen Arbeitsvertrag zu.

1) Vgl. Staudinger-Weber, § 242 Anm. D 417 ff.

2) Die Gedanken des BAG darüber, ob die Auflösung des Arbeitsverhältnisses einer Schwangeren durch Anfechtung des Arbeitsvertrages der Zustimmung gemäß § 9 MSchG bedürfe, deuten diese Auffassung an. So heißt es im Urteil des BAG v. 5.12.1957, AP Nr.2 zu § 123 BGB: "Wie es keinen Zwang zum Abschluß eines Arbeitsvertrages mit einer Schwangeren gibt, so können die Bestimmungen des Mutter-schutzgesetzes auch nicht dafür herangezogen werden, daß ein von Anbeginn an fehlerhafter Vertrag zugunsten der Schwangeren rechtlich als gültig zu betrachten wäre."

3) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.104. Vgl. auch Hueck-Nipperdey, I S.190, und Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.34. Nach dem BAG (AP Nr.2 zu § 125 BGB) "kann die Nichtigkeit nur für die Zukunft geltend gemacht werden"; dies könnte den gleichen Sinn haben.

4) BGH, Urt. v. 18.2.1955, BGHZ 16, 334, 337; ebenso Staudinger-Weber, § 242 Anm. D 433.

5) Oben unter Buchstabe b).

Für diese Begründung spricht, obwohl sie auf dem viel geschmähten Grundsatz von Treu und Glauben aufbaut, daß sie sich zu dem Motiv für die Ablehnung der "ex-tunc-Nichtigkeit" bekennt. Während viele eine Billigkeitsentscheidung - nicht recht überzeugend - als notwendig aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses oder gar des Arbeitsrechtes folgend dartun wollen, geschieht die Begründung hier - entsprechend dem Motiv für die Ablehnung der "ex-tunc-Nichtigkeit" des Arbeitsvertrages - mit dem eigens für Billigkeitslösungen geschaffenen Institut der unzulässigen Rechtsausübung.

Hier hilft nun auch das sozialrechtliche Schutzprinzip des Arbeitsrechts: Es bestätigt die Begründung und zeigt zugleich, daß die Anforderungen an das venire contra factum proprium bei der Berufung auf die rückwirkende Nichtigkeit des erfüllten Arbeitsvertrages - um des Schutzcharakters des Arbeitsrechtes willen - nicht übertrieben werden dürfen und daß das Gewicht des Verbotes nicht gering einzuschätzen ist.

Aus der Begründung folgt, daß der Arbeitnehmer für die Vergangenheit keinen echten vertraglichen Anspruch auf den Lohn hat - der Arbeitsvertrag, der die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers begründen sollte, ist von Anbeginn an nichtig -, sondern nur einen quasivertraglichen, dem vertraglichen jedoch inhaltsgleichen Anspruch¹⁾. Die Autoren, welche dem Arbeitnehmer für die Vergangenheit einen echten vertraglichen Lohnanspruch geben wollen, der auf einem wirksamen Arbeitsvertrag gründet, müssen eine besondere, ausnahmsweise nur für die Zukunft wirkende Nichtigkeit konstruieren²⁾, die dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd ist³⁾ und bedeutet, daß ein und dasselbe Rechtsgeschäft - der Arbeitsvertrag - je nachdem, ob er bereits ausgeführt ist oder nicht, einmal von einer nur für die Zukunft wirkenden, ein andermal von einer begrifflich verschiedenen rückwirkenden Nichtigkeit betroffen ist.

1) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.104.

2) So wohl Bobrowski, S.273; Dietz, § 4 Anm.29; Schlegelberger-Schröder, § 66 Anm.1 c.

3) Nikisch, S.224.

d) Andere Meinungen

Die herrschende Meinung bekämpft eine Minderheit, welche die allgemeinen bürgerlichrechtlichen Nichtigkeitsregeln immer, vor und nach Aufnahme der Arbeit, uneingeschränkt gelten lassen will. Die Ergebnisse, die sie letztlich gewinnt, sind jedoch - von feineren Unterschieden abgesehen - diejenigen der herrschenden Lehre.

Nikisch¹⁾ und Maus²⁾, Vertretern der Eingliederungstheorie, genügt zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses die Einstellung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Arbeitgebers. Ein Arbeitsverhältnis besteht für sie, außer bei groben Verstößen gegen die §§ 134 und 138 BGB, auch bei nichtigem Arbeitsvertrag, wenn der Arbeitnehmer nur eingestellt wurde. Dieses vertragslose und darum fehlerhafte Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem vertraglich begründeten aber dadurch, daß beide Parteien es jederzeit, auch einseitig, aufheben können³⁾.

Schnorr v. Carolsfeld⁴⁾, der die Nichtigkeitsregeln uneingeschränkt im Arbeitsvertragsrecht gelten läßt, gelangt mit Hilfe der Theorie vom De-facto-Arbeitsverhältnis zu ähnlichen Ergebnissen wie die herrschende Lehre.

Ramm⁵⁾ unterscheidet im Arbeitsverhältnis einen Kern von Mindestarbeitsbedingungen, welcher der privatautonomen Gestaltung entzogen ist, und einen Mantel vertraglich vereinbarter Arbeitsbedingungen. Je nach dem Charakter des Nichtigkeitsgrundes ist entweder für die Vergangenheit ein Arbeitsverhältnis, für das die Mindestarbeitsbedingungen gelten, oder ein "Nichtarbeitsverhältnis" anzunehmen, auf das allein die Bereicherungsregeln Anwendung finden⁶⁾.

1) S.215 ff.

2) S.166 ff.

3) Maus, S.172 f., unterscheidet absolute und relative Auflösungsgründe, bei deren Vorliegen die Auflösung des in "Erfüllung" eines nichtigen Arbeitsvertrages begründeten Arbeitsverhältnisses durchgeführt werden muß bzw. von einer Arbeitsvertragspartei bewirkt werden kann.

4) S.134 ff., 150 ff.

5) S.39.

6) S.45.

3. Nach Aufnahme der Arbeit im besonderen

Ist "in Erfüllung" eines nach den bürgerlich-rechtlichen Regeln nichtigen Arbeitsvertrages Arbeit geleistet worden, so muß im einzelnen Fall geprüft werden, ob es bei der dargestellten grundsätzlichen Nichtigkeitsfolge - quasivertragliche Ansprüche für die Vergangenheit, keine Bindung der Parteien für die Zukunft - bleibt oder aber die Umstände, insbesondere der Zweck der Nichtigkeitsnorm¹⁾, ausnahmsweise die allgemeine Nichtigkeitsfolge - Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ex tunc, evtl. Bereicherungsansprüche - fordern²⁾.

a) Kenntnis des Nichtigkeitsgrundes

Zuerst soll untersucht werden, ob eine Arbeitsvertragspartei quasivertragliche Ansprüche aufgrund des nichtigen Arbeitsvertrages auch dann hat, wenn sie die Nichtigkeit von Anfang an kannte. In concreto wird meist zu entscheiden sein, ob der Arbeitnehmer einen quasivertraglichen Lohnanspruch hat, obwohl er wußte, daß er einen nichtigen Arbeitsvertrag "erfüllt".

Eine allgemein gültige Regel, die sagt, daß die Partei, welche die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages von Anfang an kennt, diese ex tunc gegen sich gelten lassen müsse, weil sie keinen Schutz verdiene³⁾, kann es nicht geben. Das zeigen die Nichtigkeitsnormen, die - wie etwa § 134 BGB i.V.m. den für Frauen erlassenen Beschäftigungsverboten der Arbeitszeit-

1) Vgl. Beitzke, S.31.

2) Vgl. die Formulierungen des BAG: "... hat r e g e l - m ä ß i g die Berufung auf die Nichtigkeit nur Wirkungen für die Zukunft" (Urteil vom 5.12.1957, AP Nr.2 zu § 123 BGB); "diese Nichtigkeit kann jedoch für die Vergangenheit ... i m R e g é l f a l l nicht geltend gemacht werden" (Urt. v. 19.6.1959, AP Nr.1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis); "Für die Vergangenheit ist ein solches Arbeitsverhältnis daher g r u n d s ä t z l i c h wie ein fehlerfrei zustandegekommenes zu behandeln" (Urt. v. 10.3.1960, AP Nr.2 zu § 138 BGB).

3) So Hueck, Grundriß, S.91 f.; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.105; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.36. Vgl. aber Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm.16 g.

ordnung - den Arbeitnehmer schützen wollen: Folgte daraus, daß die Arbeitnehmerin bei Abschluß des Arbeitsvertrages das Beschäftigungsverbot kennt, der Verlust quasivertraglicher Lohnansprüche gegen den Arbeitgeber, so brächte ihr - entgegen dem Willen des Gesetzgebers - die Schutzvorschrift nur Nachteil¹⁾. Eine allgemeine Regel - das zeigt dieses Beispiel - läßt der Schutzzweck der weitaus meisten arbeitsverhältnisrechtlichen Verbotsnormen nicht zu. Beruht dagegen die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nicht auf einer Verletzung arbeitnehmerschutzrechtlicher Vorschriften, so muß sie der Arbeitnehmer zumindest vom Zeitpunkt seiner Kenntnis an gegen sich gelten lassen: Arbeitet er, obwohl er von der Nichtigkeit seines Arbeitsvertrages weiß, so verdient er dann keinen Schutz.

b) § 105 BGB

Ein Arbeitsvertrag, den ein g e s c h ä f t s u n f ä h i g e r A r b e i t n e h m e r schließt, ist nach § 105 Abs.1 BGB nichtig. Die Vorschrift hat den Sinn, Geschäftsunfähige vor Nachteilen zu schützen, die ihnen, nähmen sie daran teil, im Rechtsverkehr erwachsen müßten. Dieser Normzweck des § 105 BGB könnte eine Ausnahme von dem Grundsatz rechtfertigen, daß die Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages allein Wirkungen für die Zukunft hat. Denn die arbeitsvertragsrechtliche Regel, nach der trotz Nichtigkeit die Parteien quasivertragliche Rechte und P f l i c h t e n haben, kollidiert hier mit einer Vorschrift, die z u m S c h u t z e d e s G e s c h ä f t s u n f ä h i g e n (indem sie seine Willenserklärungen nicht gelten läßt) ihm die Fähigkeit nimmt, selbst handelnd Pflichten oder Rechte zu begründen. Der Schutz des Arbeitnehmers, der gebietet, das Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit gleich einem wirksam begründeten zu behandeln, widerstreitet dem Schutz des Geschäftsunfähigen, der die Negierung jeglicher Rechtswirkung fordert.

Eine gerechte und den Willen des Gesetzgebers respektierende Entscheidung der Frage, wie sich der Nichtigkeitstatbestand

1) Vgl. Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm.16 h.

des § 105 Abs.1 BGB auf den (ganz oder zum Teil) erfüllten Arbeitsvertrag auswirkt, muß die widerstreitenden Schutzgedanken vereinen. Diese Forderung erfüllt die von Hueck¹⁾ und Staudinger-Nipperdey-Neumann²⁾ gebrachte Lösung, die eine Modifizierung der arbeitsvertragsrechtlichen Regel ist: Für die Zukunft bindet der Arbeitsvertrag die Parteien nicht. Für die Vergangenheit treffen den geschäftsunfähigen Arbeitnehmer **k e i n e P f l i c h t e n**, da er sich gültig nicht verpflichten konnte. Gegen die Ansprüche, die der Arbeitnehmer im Falle eines wirksam begründeten Arbeitsverhältnisses gehabt hätte, kann der Arbeitgeber nicht einwenden, daß der Arbeitsvertrag nichtig sei. Er widerspräche damit seinem durch die Beschäftigung des Arbeitnehmers gezeigten Verhalten und verstieße so gegen das Verbot des *venire contra factum proprium*³⁾.

Siebert⁴⁾ und Hessel⁵⁾ nehmen bis zur Geltendmachung der Nichtigkeit ein wirksames Arbeitsverhältnis an, das den geschäftsunfähigen Arbeitnehmer nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Sie verkennen, daß sich unser Privatrecht - in den §§ 104 ff. BGB kommt das zum Ausdruck - **f ü r** den nicht Geschäftsfähigen und **g e g e n** seinen Partner entschieden hat, weil nur eine klare, Härten bewußt in Kauf nehmende Regelung nicht geschäftsfähige Personen zu ihrem Schutz dem Rechtsverkehr fernhalten kann.

Ist der **A r b e i t g e b e r** bei Abschluß des Arbeitsvertrages geschäftsunfähig, so sind zur Bestimmung der Nichtigkeitsfolgen die Interessen des geschäftsunfähigen Arbeitgebers abzuwägen gegen die des Arbeitnehmers. Hätte der Schutz des Arbeitnehmers das größere Gewicht, so dürfte die Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages nur Wirkungen

1) Hueck-Nipperdey, I S.190.

2) § 611 Anm.105.

3) Auch Beitzke, S.32, will wohl dieses Ergebnis. - Nach Ramm, S.41 f., ist bei entpersönlichter Arbeitsleistung gemäß dem Gleichheitsgebot ein Lohnanspruch in Höhe eines gleichen Lohnes aufrechtzuerhalten.

4) S.88

5) AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI, D II 2.

für die Zukunft haben. Wöge jedoch der Schutz des geschäftsunfähigen Arbeitgebers schwerer, so müßte das Arbeitsverhältnis der bürgerlichrechtlichen Regel gemäß ex tunc, von Anbeginn an, nichtig sein. Das Ergebnis gewinnen wir aus der Betrachtung unserer Privatrechtsordnung, zu deren Grundprinzipien der Schutz des nicht Geschäftsfähigen rechnet, die für ihn entschieden und ohne Kompromiß eintritt¹⁾. Deshalb ist auch nach Aufnahme der Arbeit das Arbeitsverhältnis dann von Anfang an nichtig, wenn der Arbeitgeber bei Abschluß des Arbeitsvertrages geschäftsunfähig war²⁾.

§ 105 Abs.2 BGB handelt von einer Willenserklärung, die im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störungen der Geistestätigkeit abgegeben wird. Zu bedenken ist, daß die Vorschrift nicht einen Fall der Geschäftsunfähigkeit betrifft und deshalb das Prinzip des Schutzes nicht voll Geschäftsfähiger eine von der arbeitsvertragsrechtlichen Regel³⁾ abweichende Nichtigkeitsfolge nicht rechtfertigt. Man wird deshalb, trotz des sachlichen und räumlichen Zusammenhanges mit § 105 Abs.1 BGB, nur Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses ex nunc annehmen dürfen. Im übrigen wird ein unter den - gewiß nicht häufig erfüllten - Voraussetzungen des § 105 Abs.2 BGB geschlossener Arbeitsvertrag selten einmal ausgeführt werden, ohne daß darin nun der Abschluß eines wirksamen Arbeitsvertrages gesehen werden könnte.

c) § 108 BGB

Wer nur beschränkt geschäftsfähig ist, bedarf zum Abschluß eines Arbeitsvertrages - die Fälle der §§ 112, 113 BGB ausgenommen - der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Das ergeben die §§ 107, 114 BGB. Denn der Arbeits-

1) vgl. Hueck-Nipperdey, I S.190, insbes. Anm.23.

2) Beitzke, S.32; Hueck-Nipperdey, I S.191; Ramm, S.41; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.105. - Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses nur für die Zukunft nehmen an: Hessel, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI, D II 2, und Siebert, S.88 f., die der Schutzbedürftigkeit und den wirtschaftlichen Interessen des Arbeitnehmers den Vorrang geben.

3) Vgl. oben unter Ziff.2 a.

vertrag bringt weder dem Arbeitgeber noch dem Arbeitnehmer lediglich einen rechtlichen Vorteil: Er verpflichtet den einen zur Lohnzahlung, den anderen zur Leistung von Arbeit.

Schließt ein b e s c h r ä n k t g e s c h ä f t s f ä h i g e r A r b e i t n e h m e r einen Arbeitsvertrag ohne die erforderliche Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters und verweigert dieser die Genenmung (§ 108 Abs.1 BGB), so gilt das für den geschäftsunfähigen Arbeitnehmer Geschriebene entsprechend¹⁾: Der beschränkt geschäftsfähige Arbeitnehmer hat gegen seinen Arbeitgeber quasi-vertragliche Ansprüche aus dem nichtigen Arbeitsverhältnis, ist jedoch zu nichts verpflichtet und - gleich dem Arbeitgeber - für die Zukunft nicht gebunden²⁾. Auch hier verbietet die für den nicht voll Geschäftsfähigen, zu seinem Schutze, getroffene Entscheidung des Gesetzgebers ein in der Vergangenheit den Arbeitnehmer nicht nur berechtigendes, sondern auch verpflichtendes vorläufig wirksames Arbeitsverhältnis anzunehmen^{3) 4)}.

Der Arbeitsvertrag, den ein b e s c h r ä n k t g e s c h ä f t s f ä h i g e r A r b e i t g e b e r schließt, muß wiederum - gemäß der allgemeinen bürgerlichrechtlichen Nichtigkeitssregel - von Anfang an nichtig sein⁵⁾.

1) Vgl. oben unter Ziff.3 b.

2) Hueck-Nipperdey, I S.190; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.105; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.34; wohl auch Beitzke, S.32; im Ergebnis ähnlich Ramm, S.42. Vgl. weiter Nikisch, S.221 f., der von den selbständig vereinbarten Arbeitsbedingungen nur die rechtlichen Vorteile bringenden gelten lassen will.

3) So aber Dietz, § 4 Anm.31, und Hessel, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI, D II 2. Nikisch, S.218 f., schreibt, daß der Minderjährige sich auch sonst in eine Lage begeben kann, aus der ihm, ob er will oder nicht, Verpflichtungen erwachsen, und läßt mit der Aufnahme des beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmers in den Betrieb ein Arbeitsverhältnis entstehen, das aber jederzeit gelöst werden kann. Siebert, S.88, gelangt gar durch einschränkende Auslegung der §§ 104 ff. BGB zur Gültigkeit des Arbeitsvertrages.

4) Schlegelberger-Schröder, § 59 Anm.7, wollen dem beschränkt geschäftsfähigen Arbeitnehmer eine "angemessene Vergütung, zumindest unter Anwendung der Grundsätze über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung," gewähren.

d) § 116 Satz 2 BGB

Denkbar ist, daß jemand eine auf den Abschluß eines Arbeitsvertrages gerichtete Willenserklärung abgibt, sich dabei aber insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen, und die andere Partei diesen Vorbehalt kennt. Nach § 116 Satz 2 BGB kommt so ein gültiger Arbeitsvertrag nicht zustande. Leistet der Arbeitnehmer jedoch nun "in Erfüllung" dieses nichtigen Arbeitsvertrages im Betriebe des Arbeitgebers mit dessen Wissen Arbeit, so liegt jetzt darin der Abschluß eines wirksamen Vertrages durch schlüssiges Handeln. Man kann es sich - mit anderen Worten - nicht recht vorstellen, daß ein gemäß § 116 Satz 2 BGB nichtiger Arbeitsvertrag ausgeführt wird, ohne daß die Aufnahme der Arbeit den Mangel heilt (vgl. § 141 BGB).

e) § 117 Abs.1 BGB

Ein Arbeitsvertrag, der im beiderseitigen Einverständnis nur zum Schein geschlossen (§ 117 Abs.1 BGB) und erfüllt wird, begründet für die Vertragsparteien weder Rechte noch Pflichten¹⁾. Die Nichtigkeitsfolgen müssen auch nach Antritt der "Arbeit" die allgemeinen bürgerlichrechtlichen sein. Denn der übereinstimmende wahre Wille der Beteiligten ist es, ein Arbeitsverhältnis **n i c h t** zu begründen, ihre Beziehungen zueinander den Normen des Arbeitsrechts **g e r a d e n i c h t** unterzuordnen. Schränkte man hier die Nichtigkeit des Bürgerlichen Gesetzbuches ein und bände die Vertragsparteien, so wäre das eine Übertreibung des Arbeitnehmerschutzes, weil er wider seinen Willen dem "Arbeitnehmer" aufgezwungen würde.

f) § 118 BGB

Daß eine der Willenserklärungen nicht ernstlich gemeint und in der Erwartung abgegeben war, der Mangel der Ernst-

5) Vgl. oben unter Ziff.3 b und die Literaturnachweise in Anm.2 auf Seite 24; außerdem Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.34. Ein jederzeit lösbares Arbeitsverhältnis nehmen an: Dietz, § 4 Anm.31; Nikisch, S.219.

1) Hueck-Nipperdey, I S.192.

lichkeit werde nicht verkannt werden (§ 118 BGB), ist möglich. Ausgeschlossen erscheint jedoch, daß der Arbeitnehmer dazu kommt, "in Erfüllung" eines nach § 118 BGB nichtigen Arbeitsvertrages Arbeit zu leisten. Deshalb sollen die Nichtigkeitfolgen nach Antritt der Arbeit, die wohl die grundsätzlichen arbeitsvertragsrechtlichen sein müssen¹⁾, nicht näher untersucht werden.

g) § 125 BGB

Ein (ganz oder zum Teil) durchgeführter Arbeitsvertrag, welcher der durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorgeschriebenen Form ermangelt (§ 125 BGB)²⁾, ist dem arbeitsvertragsrechtlichen Grundsatz gemäß für die Vergangenheit gleich einem formgerecht geschlossenen zu behandeln, während er für die Zukunft die Parteien, die das Arbeitsverhältnis jederzeit lösen können, nicht bindet. Zu diesem Ergebnis, das schon allein dadurch gerechtfertigt wird, daß der Schutzzweck der allgemeinen arbeitsvertragsrechtlichen Nichtigkeitsregel schwerer wiegt als der Klarstellungszweck der Form, kommen heute Literatur und Rechtsprechung wohl ohne Ausnahme³⁾. Die speziellen Begründungen sind jedoch verschieden: Beitzke⁴⁾ wendet die §§ 313, 518, 566 und 766 BGB analog an. Siebert⁵⁾ schreibt, daß der reine Klarstellungszweck der Form im Arbeitsrecht zusammen mit der Eigenkraft

1) Vgl. oben unter Ziff.3 a.

2) "Durch Gesetz vorgeschrieben" war z.B. die Schriftform in der Tarifordnung für Filmschaffende v. 19.8.1943, RArbBl. 1943 Teil IV S.628; vgl. BAG, Urt.v. 15.11.1957, AP Nr.2 zu § 125 BGB. Der Schriftform bedürfen heute von Gesetzes wegen z.B. Lehrverträge nach den §§ 126 b GewO, 21 HandwO und 79 HGB und gewisse Arbeitsverträge in der Land- und Forstwirtschaft nach § 2 LandArbO; weitere Beispiele bringt Hueck, Hueck-Nipperdey, I S.168 ff.

3) Vgl. Beitzke, S.31; Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm.16 d; Hessel, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI, D II 2; Hueck-Nipperdey, I S.191 f.; Nikisch, S.216; Siebert, S.90 f.; BAG, Urt.v.15.11.1957, AP Nr.2 zu § 125 BGB. Weiter noch geht Güntner, AuR 1957 S.322, der die Heilung des formnichtigen Arbeitsvertrages durch seine Erfüllung annimmt.

4) S.31

5) S.90 f.

des Dauerverhältnisses zu einer restriktiven Auslegung des § 125 BGB führe¹⁾. Geschickter erscheint es, die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ex nunc vor allem mit dem aus § 242 BGB hergeleiteten Verbot des venire contra factum proprium zu begründen²⁾. Denn dieser Gedanke erlaubt grundsätzlich eine einheitliche Begründung der nach Antritt der Arbeit nur ex nunc wirkenden Nichtigkeit für alle Nichtigkeitstatbestände des Bürgerlichen Gesetzbuches und entspricht zudem der sozialen Erwägung, die letztlich das Motiv für die Einschränkung der bürgerlich-rechtlichen Nichtigkeitsregeln im Arbeitsvertragsrecht ist³⁾.

h) § 134 BGB

Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, der gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit des verbotswidrig geschlossenen Arbeitsvertrages führt, kann so schwer wiegen, daß es der Grundauffassung unserer Rechtsordnung widerspräche, das Arbeitsverhältnis als vorläufig wirksam zu betrachten und den Parteien quasi-vertragliche Ansprüche zu gewähren. Unter dieser Voraussetzung muß - weil das Arbeitsrecht einen Arbeitnehmer nur dann schützen darf, wenn er unsere grundlegenden Rechtsanschauungen teilt - auch der bereits durchgeführte, gegen ein gesetzliches Verbot verstoßende Arbeitsvertrag nach der allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regel rückwirkend nichtig sein⁴⁾. Das hat etwa zu gelten, wenn der Arbeitnehmer durch den Arbeitsvertrag zur Leistung von "Arbeiten" verpflichtet wird, die - wie er wohl weiß - strafrechtlich verboten, die Vergehen oder Verbrechen sind⁵⁾.

-
- 1) Nach Nikisch, S.215 f., begründet die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb ein Arbeitsverhältnis, das, weil eine vertragliche Bindung fehlt, jederzeit gelöst werden kann.
 - 2) Vgl. Siebert, S.90.
 - 3) Vgl. oben unter Ziff.2 b und c.
 - 4) Beitzke, S.31 f.; Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm. 16 k; ders., § 4 Anm.32; Güntner, AuR 1957 S.324; Hueck-Nipperdey, I S.191f.; Nikisch, S.216 ff.; Schlegelberger-Schröder, § 59 Anm.15 c; Siebert, S.89 f.; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.35. - Hessel, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI, D II 1, nimmt in allen Fällen rückwirkende Nichtigkeit an.

...

i) § 138 BGB

Entsprechendes gilt für einen Arbeitsvertrag, der gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB)¹⁾. Auch in diesem Falle ist jedesmal zu prüfen, ob sich die Gewährung quasi-vertraglicher Ansprüche für die Vergangenheit mit dem die Nichtigkeit begründenden Sittenverstoß verträgt. So wird die Nichtigkeit ex nunc wirken, wenn ein Hungerlohn vereinbart ist, ex tunc jedoch, wenn die geschuldete "Arbeit" unsittlich ist, sie z.B. - ohne strafbar zu sein - den pervertierten Geschlechtstrieb anderer befriedigen soll.

k) § 139 BGB

Wird die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages erst nach Aufnahme der Arbeit geltend gemacht, so kann sie nicht anders als oben²⁾ für die Zeit vor Antritt der Arbeit dargestellt auf den übrigen Vertrag einwirken. Folgt aus dem modifizierten § 139 BGB ausnahmsweise die Nichtigkeit des ganzen, bereits ausgeführten Arbeitsvertrages, so darf sie nur dem Grundsatz des Arbeitsvertragsrechtes gemäß ex nunc wirken.

Zweifelhaft ist, ob die Nichtigkeit einer einzelnen Abrede auch dann zurückwirkt, wenn ihretwegen einmal der ganze übrige erfüllte Arbeitsvertrag gemäß dem modifizierten § 139 BGB - ex nunc - nichtig ist. Es erscheint konstruiert, Nichtigkeit der Abrede ex tunc und Nichtigkeit des übrigen Arbeitsvertrages ex nunc anzunehmen. Dennoch wird man sagen müssen, daß die Vereinbarung einer einzelnen Arbeitsbedingung von Anfang an nichtig ist, die Arbeitsvertragsparteien sich auf diese anfängliche Nichtigkeit auch berufen können, daß die Lücke für die Vergangenheit mit gesetzlichen, tarifvertraglichen etc.

5) Nach Hueck (Hueck-Nipperdey, I S.192) kann hierher je nach den Umständen auch der Fall gehören, daß beide Teile bewußt gegen ein im öffentlichen Interesse erlassenes Beschäftigungsverbot verstoßen, z.B. die Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers ohne Arbeitserlaubnis.

1) wie Anmerkung 4 auf S.28.

2) unter Ziff. 1 c.

Regelungen auszufüllen und der so ergänzte Arbeitsvertrag nun für die Zukunft nichtig ist¹⁾.

1) § 306 BGB

§ 306 BGB bestimmt, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist. Von den im Arbeitsvertrag versprochenen Leistungen kann - außergewöhnliche Arbeitsentgelte²⁾ sollen außer Betracht bleiben - allein die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ursprünglich und objektiv unmöglich sein³⁾. Die Frage, welche Nichtigkeitsfolgen nach Aufnahme der Arbeit eintreten, braucht für diesen Nichtigkeitstatbestand nicht beantwortet zu werden: Zur Erfüllung eines gemäß § 306 BGB nichtigen Arbeitsvertrages durch den Arbeitnehmer wird es - eben weil der Vertrag auf eine unmögliche Arbeitsleistung gerichtet ist - in aller Regel gar nicht kommen.

III. Anfechtung des Arbeitsvertrages

Wie die Nichtigkeitsregeln, so gelten nach herrschender Ansicht auch die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Anfechtung nur eingeschränkt für den Arbeitsvertrag^{4) 5)}.

1) So für die durch Anfechtung herbeigeführte Teilnichtigkeit Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm.16 f.; Hueck-Nipperdey, I S.190; Nikisch, S.227; ex nunc wirkende Nichtigkeit des Arbeitsvertrages einschließlich der angefochtenen Abrede nehmen dagegen Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.97, und Wlutzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.32, an.

2) z.B. Sterntaler

3) Jemand wird z.B. als Koch für ein Schiff angeworben, das untergegangen ist, oder als Reisebegleiter für eine Fahrt in die Vergangenheit mit der Zeitmaschine.

4) Bobrowski, S.273; Bobrowski-Gaul, S.77; Brox, S.236; Bulla, § 5 Anm.78 ff.; Dietz, § 4 Anm.30; ders. in Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm.16f bis 16n; Farthmann, RdA 1958 S.338 ff.; Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, § 60 Anm.24; Herschel, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd.1 S.313; ders., BB 1953 S.1069; Herschel-Steinmann, § 1 Anm.17; Hessel, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI, D. II; Hueck, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis V (1960), B; ders., KSchG, § 1 Anm.25; Hueck-Nipperdey,

Vor der grundsätzlichen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes zur Anfechtung des Arbeitsvertrages vom 5.12.1957 ¹⁾ wurde in der Literatur und Rechtsprechung verschiedentlich zu begründen versucht, daß die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Anfechtung für den Arbeitsvertrag überhaupt nicht gelten. Durch das Urteil des Bundesarbeitsgerichts, das sich der - damals wie heute - herrschenden Auffassung anschloß, scheint dieser Streit, welcher in der Auseinandersetzung über die Anfechtung des Arbeitsvertrages um eine Grundfrage geführt wurde, nun endgültig zugunsten derer entschieden, die meinen, daß die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Anfechtungsregeln - eingeschränkt oder nicht - auch auf den Arbeitsvertrag angewandt werden müßten. Die entgegengesetzte Ansicht wurde seither - soweit das zu erkennen ist - nicht mehr vertreten. Weil dieser Streit um eine Grundentscheidung ging, sollen die Argumente der unterlegenen Minderheit - auch wenn sie heute wohl nur noch historische Bedeutung haben - kurz wiedergegeben werden.

Nach Frey ²⁾ kann der Arbeitsvertrag deshalb nicht angefochten werden, weil die Anfechtungsregeln "auf reine vermögens-

-
- .. I S.185 ff.; Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4 Anm.8, 9, 12; Kaskel-Dersch, S.25; Kauffmann, DB 1953 S.21; Larenz, AP, Anm. zu Nr.1 zu § 119 und Nr.15 zu § 123 BGB; Molitor, AR-Blattei, Anfechtung im Arbeitsrecht II (1962), A II; Nikisch, S.222 ff.; Plassmann, S.11 f.; Schlegelberger-Schröder, § 59 Anm.15 ff., § 66 Anm.1 c (in der 3.Aufl., 1955, § 59 Anm.15, meinte Schröder dagegen noch, daß die bürgerlichrechtlichen Anfechtungsregeln ohne Einschränkung auf den Arbeitsvertrag angewandt werden müßten, insbesondere auch eine rückwirkende Anfechtung des bereits durchgeführten Arbeitsvertrages möglich wäre); Siebert, S.91 ff.; Sommer, AR-Blattei, Anfechtung im Arbeitsrecht I (1954); Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.96 f.; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm. 28 ff.; BAG, Urt. v. 5.12.1957, AP Nr.2 zu § 123 BGB (vgl. auch BAG, Urt. v. 22.9.1961, AP Nr.15 zu § 123 BGB).
- 5) Noch vor dem zweiten Weltkriege allerdings galten nach herrschender Meinung auch für die Anfechtung des Arbeitsvertrages grundsätzlich die allgemeinen Regeln (vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. bis 5. Aufl. 1931, 1.Band S.144; Molitor, Kommentar zur Tarifvertragsordnung, S.39 f.; siehe auch S.14 Anm.3).

1) AP Nr.2 zu § 123 BGB.

2) AuR 1953 S.167 ff.

werte, sonst aber indifferente Austauschverhältnisse abgestellt sind und ihre Anwendung auf das dem BGB unbekannte personenbezogene Arbeitsverhältnis objektiv unmöglich ist¹⁾).

"An die Stelle der Anfechtung hat", so meint Güntner²⁾, "die fristlose Kündbarkeit des Dauerrechtsverhältnisses und die Versagung des Kündigungsschutzes zu treten, sofern der einzelne Fall eine billige Rechtsgestaltung durch den Richter verlangt." Zur Begründung verweist er auf die geltende soziale Rechtsordnung und nennt § 123 Abs.1 Nr.1 GewO.

Das Landesarbeitsgericht Frankfurt a.M. schrieb³⁾, "daß die Anfechtung des BGB für das Arbeitsvertragsrecht wesensfremd und deshalb auszuschließen ist". Die Anfechtungsregeln seien "abgestellt auf schuldrechtliche Verträge"⁴⁾.

Das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg schließlich meinte⁵⁾, daß beim Arbeitsverhältnis an die Stelle der vertragsrechtlichen Anfechtung als Beendigungsgrund die kündigungsrechtliche Auflösung im Wege der fristlosen Entlassung trete, und begründete diese Auffassung mit den Kündigungs- und Kündigungsschutzregeln und sozialen Überlegungen.

Die Versuche gründen auf der Überzeugung, daß das Arbeitsverhältnis nicht in das System der Rechtsverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches eingefügt, sondern ihm nur locker verbunden sei. Doch ist das nicht richtig. Die Mehrheit lehnt deshalb diese Meinung - wie gerade ihre Haltung zur Anfechtung des Arbeitsvertrages zeigt - ab. Das Arbeitsverhältnis hat als Dienstverhältnis seinen genau bestimmten Platz im System des Bürgerlichen Gesetzbuches⁶⁾. Das bedeutet aber, daß auch für das Arbeitsverhältnis - wie für jedes

1) Zustimmend Hunn, AuR 1954 S.19 und 1955 S.203 ff. Haberkorn, AuR 1953 S.370, kommt für die Zeit nach Antritt der Arbeit mit einer ähnlichen Begründung zum gleichen Ergebnis.

2) AuR 1957 S.324 ff.

3) Urt. vom 8.7.1953, AP 54 Nr.85.

4) Dieser Auffassung war das Gericht auch später noch in seinen Urteilen vom 9.8.1953, BB 1953 S.847 f., und 20.1.1954, Arbeitgeber 1954 S.534; in letzterem ist allerdings nur von erfüllten Arbeitsverhältnissen die Rede.

5) Urt. v. 10.10.1956, DB 1956 S.1236.

6) Vgl. oben im ersten Teil unter II 4, S.7.

andere Schuldverhältnis - die Normen des Allgemeinen Teiles gelten. Einschränkungen sind de lege lata nur dort erlaubt, wo sie das Wesen des Arbeitsverhältnisses um der Gerechtigkeit willen zwingend erfordert.

Praktische Bedeutung hat die Anfechtung des Arbeitsvertrages gemäß § 119 Abs.2, vor allem aber gemäß § 123 BGB. Eigenschaften der Person, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, im Sinne des § 119 Abs.2 BGB sind z.B. Schwangerschaft¹⁾, Schwerbeschädigung²⁾ und Lungenkrankheit³⁾. Ein Irrtum darüber kann den Arbeitgeber zur Anfechtung des Arbeitsvertrages berechtigen. Zahlreich sind die Möglichkeiten einer arglistigen Täuschung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer bei Vertragsschluß (§ 123 BGB). Entschieden wurden etwa Fälle falscher Angaben über Vorstrafen⁴⁾, früheres Gehalt⁵⁾ und Schwangerschaft⁶⁾, des Verschweigens einer Lungenkrankheit⁷⁾ und der Folgen einer schweren Kriegsverletzung^{8) 9)}.

Im Hinblick auf die Voraussetzungen und die Folgen der Anfechtung gilt für den Arbeitsvertrag im einzelnen:

-
- 1) Vgl. BAG, Urt. v. 6.10.1962, AP Nr.24 zu § 9 MuSchG; ArbG Bremen, Urt. v. 20.2.1953, AP Nr.1 zu § 119 BGB.
 - 2) Vgl. RAG, Urt. v. 23.9.1931, ARS 13,391.
 - 3) Vgl. LAG Bremen, Urt. v. 5.12.1956, BB 1957 S.41.
 - 4) BAG, Urt. v. 5.12.1957, AP Nr.2 zu § 123 BGB.
 - 5) LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 16.11.1959, BB 1960 S.174; LAG Düsseldorf, Urt. v. 12.10.1962, BB 1963 S.93.
 - 6) BAG, Urt. v. 22.9.1961, AP Nr.15 zu § 123 BGB.
 - 7) LAG Bremen, Urt. v. 5.12.1956, BB 1957 S.41.
 - 8) ArbG Heilbronn, Urt. v. 27.3.1958, AP Nr.7 zu § 123 BGB.
 - 9) Spezifisch arbeitsrechtliche Probleme geben in diesem Zusammenhang das Fragerecht des Arbeitgebers, die ihm entsprechende Auskunftspflicht des Arbeitnehmers sowie dessen eventuell bestehende Offenbarungspflicht auf.

1. Anfechtung des Arbeitsvertrages
vor Aufnahme der Arbeit

Ohne Einschränkung gelten die allgemeinen bürgerlichrechtlichen Anfechtungsregeln für den Arbeitsvertrag dann, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit noch nicht aufgenommen hat¹⁾.

2. Anfechtung des Arbeitsvertrages
nach Aufnahme der Arbeit

Nach Aufnahme der Arbeit gelten die Vorschriften über die Anfechtung nur eingeschränkt.

a) Wichtiger Kündigungsgrund

Nicht richtig ist die Ansicht, der Sachverhalt, der den Anfechtungstatbestand erfüllt, müsse zugleich, um eine Anfechtung des Arbeitsvertrages zu rechtfertigen, zur Zeit der Erklärung der Anfechtung ein wichtiger Kündigungsgrund i.S. des § 626 BGB sein²⁾. Diese Lehre verkennt und verwischt den wesentlichen Unterschied zwischen den Instituten der Anfechtung und der Kündigung hinsichtlich Funktion, Voraussetzung und Wirkung³⁾.

b) Fortbestand des Anfechtungsgrundes

Die geringere Einschränkung aber, daß nämlich der Anfechtungsgrund zur Zeit der Erklärung der Anfechtung noch bestehen muß⁴⁾, geschieht zu Recht. Irrte der Arbeitgeber bei Vertragsschluß über eine wesentliche, dem Arbeitnehmer in

1) Wie Anm.4 auf S.30f.

2) So früher Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl. 1955, Bd.I S.195. Heute wird diese Meinung wohl nicht mehr vertreten; die Zahl derer, die sie ausdrücklich ablehnt, ist groß; vgl. z.B. Hueck, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis V (1960), B II 1, und Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.31; weiter die Hinweise in der folgenden Anmerkung.

3) So z.B. Herschel, BB 1953 S.1069; Schmidt, AuR 1960 S.44f.; BAG, Urt. v. 5.12.1957, AP Nr.2 zu § 123 BGB.

4) Bobrowski, S.274; Hueck-Nipperdey, I S.188; Kauffmann, DB 1953 S.22; Larenz, AP, Anm. zu Nr.1 zu § 119 BGB; Nikisch, S.225; Sommer, AR-Blattei, Anfechtung im Arbeitsrecht I, B I 2c; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.31.

Wahrheit fehlende Eigenschaft, so kann er dann zur Anfechtung nicht mehr berechtigt sein, wenn der Arbeitnehmer später jene Eigenschaft erwarb. Die Anfechtung verstieße nun gegen die Treu- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers¹⁾ und wäre deshalb eine unzulässige Rechtsausübung²⁾. Das personenrechtliche Element des Arbeitsverhältnisses, das sich in der Treupflicht der Vertragspartner zeigt, modifiziert die allgemeinen Anfechtungsregeln³⁾.

c) § 124 Abs.1 BGB

Gemäß § 124 Abs.1 BGB kann die Anfechtung einer nach § 123 wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung anfechtbaren Willenserklärung nur binnen Jahresfrist erfolgen. Mit Recht erwägt nun Hueck⁴⁾, ob nicht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in Kenntnis der Täuschung oder trotz Fortfalles der Zwangslage einen Verzicht auf das Anfechtungsrecht oder gar seine Verwirkung bedeutet. Gewiß wird das im konkreten Fall zu prüfen sein. Doch dürfen an Verzicht und Verwirkung des Anfechtungsrechtes keine geringen Anforderungen gestellt werden. Zugunsten des täuschenden oder drohenden Arbeitnehmers kann das arbeitsrechtliche Schutzprinzip nicht gelten. Wer einen Anfechtungsgrund gemäß § 123 BGB gegeben hat, verdient keinen Schutz. Deshalb kann

1) Endemann, BB 1953 S.268.

2) Hueck, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis V (1960), B II 1; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.31 ("u.U."). - Kauffmann, DB 1953 S.22, wirft dem anfechtenden Arbeitgeber Arglist vor. Dagegen wendet sich mit Recht Schmidt AuR 1960 S.44 f.

3) Schmidt, AuR 1960 S.48, will die hier gebrauchte "in sich widersprechende Konstruktion", welche die Rechtsinstitute der Anfechtung und der Kündigung vermischt, durch eine arbeitsvertragsrechtliche, einschränkende Auslegung des Begriffes der "verkehrswesentlichen Eigenschaft" vermeiden. Doch fügt sich die Auffassung, die den allgemeinen von Rechtsprechung und Schrifttum erarbeiteten Begriff der "verkehrswesentlichen Eigenschaft" auch im Arbeitsvertragsrecht gelten läßt und das notwendige Korrektiv in der das Arbeitsverhältnis beherrschenden allgemeinen Treupflicht sieht, leichter in das Anfechtungsrecht des BGB ein und kann überdies zu ihrer Begründung einmal wirklich überzeugend auf das Wesen des Arbeitsverhältnisses hinweisen.

4) Hueck-Nipperdey, I S.189; vgl. auch Nikisch, S.226.

es nicht richtig sein, abweichend von § 124 BGB, die Anfechtung des ausgeführten Arbeitsvertrages binnen angemessener Frist zu verlangen¹⁾. Auch für die Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen Täuschung oder Drohung muß grundsätzlich die Jahresfrist des § 124 BGB gelten²⁾.

d) Grundsätzlich keine Rückwirkung (§ 142 BGB)

Entgegen der allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regel des § 142 Abs.1 BGB, nach der ein anfechtbares Rechtsgeschäft, das angefochten wird, als von Anfang an nichtig anzusehen ist, wirkt nach Antritt der Arbeit die aus der Anfechtung folgende Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages - gleich der allein im Gesetz begründeten - nur für die Zukunft, erst vom Zeitpunkt des Zugangs der Anfechtungserklärung an³⁾. Mit Recht sagt das Bundesarbeitsgericht⁴⁾, Herschel⁵⁾ folgend, daß die ex nunc wirkende Nichtigkeit nach erklärter Anfechtung in Wahrheit keine arbeitsvertragliche Besonderheit der A n f e c h t u n g , sondern eine Modifikation der allgemeinen Folgen der N i c h t i g k e i t ist⁶⁾. Eingeschränkt ist nicht die Wirkung der Anfechtung, sondern die der Nichtigkeit. Nach Aufnahme der Arbeit hat die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages - gleichgültig, ob sie aus der Anfechtung oder allein aus dem Gesetz folgt - Wirkungen grundsätzlich nur für die Zukunft. Die Begründung dieser "Nichtigkeit ex nunc" ist beidemal gleich⁷⁾.

-
- 1) So aber Nikisch, S.225 f., und Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.31. - Auch Ramm, S.73, ist die Jahresfrist zu lang. Entsprechend den §§ 123 Abs.2, 124 Abs.2 GewO. müsse sich der Anfechtungsberechtigte innerhalb einer Woche entscheiden, weil die Interessenlage dieselbe sei wie bei der Kündigung aus wichtigem Grunde.
 - 2) Bulla, § 5 Anm.94.
 - 3) Wie Anm.4 auf S.30f.
 - 4) Urt. v. 5.12.1957, AP Nr.2 zu § 123 BGB.
 - 5) BB 1953 S.1069.
 - 6) Zustimmend Nikisch, S.224, und - allerdings nicht ohne Einschränkung - Schmidt, AuR. 1960 S.45.
 - 7) Vgl. oben unter II 2 c, S.16 ff. - Selbstverständlich bedürfen auch die Vertreter der Eingliederungstheorie nur einer Begründung; vgl. oben unter II 2 d, S.20. Nach Fahrtmann, RdA 1958 S.338 ff., der allein die Anfechtung des Arbeitsvertrages untersucht, setzt das sozialrechtliche Schutzprinzip § 142 Abs.1 BGB zugunsten einer Nichtigkeit ex nunc außer Kraft.

Interessant sind die von der hier vertretenen herrschenden Meinung abweichenden Ansichten:

Nach Ramm¹⁾ vernichtet die Anfechtung rückwirkend - von den Fällen des § 123 BGB abgesehen, in denen er nach Anfechtung ein "Nichtarbeitsverhältnis" annimmt - nur den "Mantel" vertraglicher Bestimmungen, während der "Kern" von Mindestbedingungen erhalten bleibt: Die Anfechtung sei ein vom Prinzip der Privatautonomie geprägtes Rechtsinstitut; daraus folge, daß die Einschränkung der Privatautonomie durch das soziale Schutzprinzip des Arbeitsrechts, soweit es - durch die Tarifbestimmungen, die gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen etc. - konkretisiert sei, auch die Rückwirkung der Anfechtung insoweit ausschließe. - Die Vorstellung, daß durch die Erfüllung ein Teil eines Rechtsgeschäftes rechtlich zementiert wird und ihm die Nichtigkeit deshalb nichts mehr anhaben kann, ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd. Wohl vor allem deshalb will die Lösung Ramms nicht recht überzeugen²⁾.

Beitzke³⁾ wendet die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über die Anfechtung - § 142 Abs.1 BGB eingeschlossen - ohne Einschränkung auf den Arbeitsvertrag an. Ist der angefochtene Arbeitsvertrag bereits verwirklicht, so bleibe für die Vergangenheit ein umfassendes - allerdings umgestaltetes - Rechtsverhältnis bestehen: An die Stelle des vertraglichen Lohnanspruches treten Bereicherungs- und Schadensersatzansprüche; die Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers und die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ersetzen außervertragliche Erhaltungs- und Sorgfaltspflichten.

Auch Molitor⁴⁾ schränkt die allgemeinen Anfechtungsregeln nicht ein. Aus den Vorschriften des Bereicherungsrechts, insbesondere aus § 818 Abs.2 BGB, folge, daß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer so zu stellen habe, wie wenn dieser bis zur Anfechtung als Arbeitnehmer gearbeitet hätte⁵⁾.

1) S.45; AuR 1963 S.103 ff. unter V.

2) Vgl. auch die Kritik von Nikisch, S.227.

3) S.30 und 32 ff.

4) S.24 f.

5) Ganz ähnlich v.Lipski, Arbeitgeber 1955 S.176, und Osthold, Arbeitgeber 1954 S.534.

Zu Recht lehnt die herrschende Meinung eine rückwirkende Nichtigkeit nach Aufnahme der Arbeit grundsätzlich ab, weil es unbillig ist und dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip widerspricht, den Arbeitnehmer für die Vergangenheit auf Bereicherungsansprüche zu verweisen: § 818 Abs.2 BGB sichert dem Arbeitnehmer nicht - wie Molitor meint - einen dem vertraglichen Lohnanspruch der Höhe nach gleichen Bereicherungsanspruch¹⁾.

Ohne Einschränkung wendet - vor und nach Aufnahme der Arbeit - auch Schnorr v. Carolsfeld²⁾ die Anfechtungsregeln auf den Arbeitsvertrag an. Mit der Konstruktion eines De-facto-Arbeitsverhältnisses³⁾ kommt er jedoch zu Ergebnissen, die denen der herrschenden Lehre sehr ähnlich sind. Die Annahme eines bis ins einzelne geregelten, vom Arbeitsvertragsverhältnis auch hinsichtlich der Rechte und Pflichten verschiedenen, De-facto-Arbeitsverhältnisses bedeutet eine vermeidbare Komplizierung des Arbeitsverhältnisrechts, da eine ganz ähnliche, billige und begründete Lösung mit Hilfe der bürgerlichrechtlichen Normen gefunden werden kann, die zudem einen Hinweis auf die Existenz eines solchen De-facto-Arbeitsverhältnisses nicht geben^{4) 5)}.

1) Vgl. oben II 2 b und c, S.15 ff.

2) S.145 f.

3) Vgl. S.150 ff.

4) Ohne jede Einschränkung, aber die Eingliederungstheorie vertretend, wendet schließlich Maus, S.169 ff., die allgemeinen Anfechtungsregeln an. - Vgl. zu diesen Lösungsversuchen endlich Brox, S.235 f.

5) Das RAG ließ - um die Entwicklung vor 1945 zu skizzieren - die Anfechtung des Arbeitsvertrages zu (vgl. die Urteile vom 10.11.1928, ARS 4, 146; vom 13.3.1935, ARS 23, 198; vom 30.11.1938, ARS 35, 30; vom 10.5.1939, ARS 36, 147; vom 24.6.1939, ARS 36, 411; vom 13.3.1942, ARS 44, 209). Das Gericht war, wie das zuletzt genannte Urteil vom 13.3.1942, ARS 44, 209 (212), zeigt, bis dahin der Auffassung, daß die Anfechtung auch nach Antritt der Arbeit zurückwirkt, hielt nun aber eine Prüfung dieser Ansicht - zu der das RAG nicht mehr kam - für notwendig. Die Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte vor 1945 war verschieden: Das LAG Essen z.B. (Urt. vom 14.12.1938, ARS 35,49) hielt eine Anfechtung mit ex tunc wirkender Nichtigkeit für rechters. Das LAG Leipzig (Urt. vom 12.1.1940, ARS 38, 131) entschied dagegen, daß die Durchführung einer Anfechtung mit rückwirkender Kraft nicht möglich sei (ähnlich LAG Krefeld, Urt. v. 28.8.1940, ARS 39, 108).

e) Ausnahme: § 123 BGB

So ist im Grunde auch die Frage, ob die Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung (§ 123 BGB) den Arbeitsvertrag nicht vielleicht doch der allgemeinen Regel gemäß r ü c k w i r - k e n d vernichtet, ein Problem der Nichtigkeit, nicht aber der Anfechtung.

Wie der Arbeitnehmer, der die - nicht in einem Verstoß gegen arbeitnehmerschutzrechtliche Vorschriften begründete - Nichtigkeit des Arbeitsvertrages von Anfang an kannte, das Verbot des venire contra factum proprium seinem "gutgläubigen" Arbeitgeber nicht entgegenhalten kann, wenn dieser sich auf die rückwirkende Nichtigkeit des Arbeitsvertrages beruft¹⁾, so muß auch der täuschende oder drohende Arbeitnehmer die zurückwirkende Nichtigkeit gegen sich gelten lassen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag gemäß § 123 BGB anfechtet²⁾: Das überlegt durch rechtswidrige Beeinflussung der

.. Diese Judikatur entsprach der damals im Schrifttum wohl überwiegend vertretenen Meinung (vgl. die Anmerkung Huecks zum Urteil des RAG vom 10.5.1939, ARS 36, 151 f., und die von ihm dort genannte Literatur), die das LAG Leipzig (aaO.) als "die jetzt ganz allgemein anerkannte Rechtsüberzeugung" bezeichnete.

1) Vgl. oben unter II 3 a, S.21 f.

2) Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4 Anm.10; Ramm, S.38; Siebert, S.92 (allerdings mit großen Einschränkungen); Schmidt, AuR 1960 S.49; LAG Frankfurt/M., Urt. v. 17.9.1952, AP 53 Nr.105; LAG Hamm, Urt. v. 23.12.1954, DB 1955 S.268; LAG Düsseldorf, Urt. v. 1.4.1958, BB 1958 S.841. Bulla, § 5 Anm.98, hält eine Rückwirkung der Nichtigkeit wegen des Konfliktes mit dem öffentlichrechtlichen arbeitnehmerschutzrecht, das auch hier Anwendung verlange, für problematisch. Hueck in Hueck-Nipperdey, I S.186 Anm. 8, heißt das Ergebnis gut, gibt aber die nach dem Betriebsverfassungsgesetz aus der Betriebszugehörigkeit folgenden Rechtswirkungen zu bedenken, deren rückwirkende Beseitigung auf Schwierigkeiten stoße. Eine verschiedene Behandlung des Arbeitsverhältnisses in arbeitsvertraglicher und betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht erscheine zwar denkbar, aber nicht wünschenswert. Nach Hueck kann der Arbeitgeber gegen den Lohnanspruch des Arbeitnehmers Arglist einwenden (zustimmend Siebert, S.92 Anm. 284; ganz ähnlich Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.32). - Nikisch, S.226, hält es für bedenklich, der Anfechtung je nach dem Anfechtungsgrund eine unterschiedliche Wirkung beizulegen. - Gegen eine Rückwirkung sind:

Willensbildung des Arbeitgebers provozierte Verhalten - die Beschäftigung - kann, weil eine Vertrauensbasis fehlt, den Einwand des venire contra factum proprium für den Arbeitnehmer nicht begründen¹⁾. Auch darf der Bestand einer Rechtsposition, die durch eine vom Gesetz mißbilligte Handlung erworben wurde, schon um der Gerechtigkeit willen nicht geschützt werden²⁾.

f) § 122 BGB

Nach § 122 BGB hat, wer wegen Irrtums eine Willenserklärung anfechtet, dem Anfechtungsgegner den Vertrauensschaden zu ersetzen. Das muß auch bei Anfechtung des Arbeitsvertrages gelten^{3) 4)}.

3. Anfechtung einer einzelnen Vertragsabrede

Auch die Vereinbarung einer Arbeitsbedingung - nicht nur der Arbeitsvertrag als Ganzes - kann angefochten werden. Die all

.. Hessel, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VI D II 2; Kauffmann, DB 1953 S.22; Neumann, DB 1961 S.1293; Sommer, AR-Blattei, Anfechtung im Arbeitsrecht I, B I 2 d Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.97.

- 1) Vgl. Schmidt, AuR 1960 S.49. - Ramm, S.38 und AuR 1963 S.106 f., argumentiert mit dem allgemeinen Interesse an der Garantie der Täuschungsfreiheit und dem Fehlen psychischen und physischen Zwanges im Rechtsverkehr, welches schwerer wiege als das soziale Schutzprinzip des Arbeitsrechts.- Nach Schmidt, AuR 1960 S.43 ff.(49), widerspricht die Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Willens des Vertragspartners durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung so sehr dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, daß sie jedenfalls in den meisten Fällen eine sittenwidrige Handlung darstellt.
- 2) Schmidt, AuR 1960 S.46.
- 3) Darüber sind sich, seit auch Nikisch, S.225, diese Ansicht ohne Einschränkung teilt, Literatur und Rechtsprechung einig. Vgl. z.B. Bobrowski-Gaul, S.77; Brox, S.257; Herschel, BB 1953 S.1069; Hueck-Nipperdey, I S.189; Molitor, S.25; Ramm, AuR 1963 S.107; Schmidt, AuR 1960 S.43ff.; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.31; BAG, Urt. v. 5.12.1957, AP Nr.2 zu § 123 BGB.
- 4) Die Kündigungsschutzvorschriften, auch die besonderen des Mutterschutzgesetzes und des Schwerbeschäftigtengesetzes, gelten bei der Anfechtung des Arbeitsverhältnisses nicht (vgl. zum Beispiel Siebert, S.93 f.; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.31). Das folgt aus dem funktionellen Unterschied zwischen Kündigung und Anfechtung.

gemeinen bürgerlichrechtlichen Anfechtungsregeln gelten für diese Teilanfechtung des Arbeitsvertrages ohne Ausnahme. Die Anfechtung vernichtet insbesondere die Abrede gemäß § 142 Abs.1 BGB rückwirkend^{1) 2)}.

2. Kapitel: Arbeitsvertragliche Pflichten des Arbeitnehmers

I. Arbeitspflicht

Der Arbeitsvertrag begründet als typische und für den Arbeitnehmer wichtigste Verbindlichkeit die Arbeitspflicht³⁾. Dies folgt aus § 611 Abs.1 BGB⁴⁾. Dort heißt es: Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet. Wohl spricht die Vorschrift nicht vom "Arbeitsvertrag". Doch schließt nach allgemeiner Auffassung der Dienstvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuches den arbeitsrechtlichen Arbeitsvertrag ein⁵⁾. Daraus folgt, daß die bürgerlichrechtlichen Normen über den Dienstvertrag auch für den Arbeitsvertrag gelten,

- 1) Brox, S.273; Dietz in Hueck-Nipperdey-Dietz, § 2 Anm.16f.; Hueck-Nipperdey, I S.190; Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4 Anm.11; Nikisch, S.226; Sommer, AR-Blattei, Anfechtung im Arbeitsrecht I, B III 1; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.97; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.32; vgl. auch Schlegelberger-Schröder, § 59 Anm.15 d.
- 2) Zur Bedeutung der Nichtigkeit einer einzelnen Vertragsklausel für den übrigen Arbeitsvertrag vgl. den Text zu § 139 BGB oben II 1 c, S.11 ff.
- 3) Nikisch, S.270, unterscheidet die durch den Arbeitsvertrag begründete "Dienstpflicht" von der - nur eine ihrer Erscheinungsformen bildenden, in ihr enthaltenen, aber erst mit Antritt der Arbeit Gestalt gewinnenden - "Arbeitspflicht". Er versteht unter der Dienstpflicht die "umfassende Verpflichtung des Arbeitnehmers, sich unter Verzicht auf seine Selbständigkeit in den Betrieb oder privaten Lebensbereich des Arbeitgebers einzuordnen, um sich dort im Rahmen seiner Stellung der Arbeitsaufgabe des Arbeitgebers zu widmen und dessen Interessen sowie die Interessen seines Betriebes nach besten Kräften zu fördern". Siehe dazu die ablehnende Stellungnahme im ersten Teil unter I 1.
- 4) Vgl. z.B. Kaskel-Dersch, S.134 f.
- 5) Vgl. den Text oben im ersten Teil unter II 4.

insbesondere die wenigen Vorschriften über die Dienstpflicht auch die Arbeitspflicht regeln.

1. Inhalt der Arbeitspflicht

a) § 613 Satz 1 BGB

Nach § 613 Satz 1 BGB hat der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeit im Zweifel in Person zu leisten. Das bedeutet: Der Arbeitnehmer ist - wenn der Arbeitsvertrag nichts anderes bestimmt - nicht berechtigt, seine Arbeitspflicht durch einen Ersatzmann erfüllen zu lassen. Auch kann, fehlt eine entsprechende Abrede, der Arbeitgeber nicht verlangen, daß der Arbeitnehmer einen Ersatzmann schickt. Schließlich geht nach dieser Vorschrift die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers nicht auf seine Erben über¹⁾.

b) § 613 Satz 2 BGB

Gemäß § 613 Satz 2 BGB kann im Zweifel der Arbeitgeber seinen Anspruch auf die Arbeitsleistung nicht übertragen²⁾.

c) § 242 BGB

Soweit nicht besondere Gesetze, Kollektiv- oder Einzelvereinbarungen oder das Direktionsrecht des Arbeitgebers Art und Umfang der Arbeit bestimmen, gilt für den Inhalt der Arbeitspflicht § 242 BGB in seiner spezifisch arbeitsverhältnisrechtlichen Ausprägung³⁾: Der Arbeitnehmer hat seine

1) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.198; Kaskel-Dersch, S.135. Nikisch, S.655, will § 613 S.1 BGB zwar für die Arbeitspflicht, nicht aber für die Dienstpflicht des Arbeitnehmers gelten lassen.

2) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.199 f.; Kaskel-Dersch, S.135 f.; Nikisch, S.272. Hueck, Hueck-Nipperdey I S.514f., gibt einem Arbeitgeber, der seinen Betrieb veräußert, das Recht, den Anspruch auf die Arbeitsleistung abzutreten. Die Auslegungsregel des § 613 Satz 2 BGB gelte hier nicht, weil besondere Verhältnisse für einen entgegengesetzten Willen der Arbeitsvertragsparteien sprächen. Diese Argumentation Hueck's kommt der oft gerügten Fiktion einer stillschweigend getroffenen Vereinbarung gefährlich nahe.

3) Vgl. dazu unten II Treuepflicht.

Arbeit so zu leisten, wie die Treue, welche er dem Arbeitgeber schuldet, sie verlangt.

2. Befreiung von der Arbeitspflicht

a) § 615 BGB

§ 615 Satz 1 BGB befreit den Arbeitnehmer während des Annahmeverzuges des Arbeitgebers¹⁾ von seiner Arbeitspflicht.

b) § 275 BGB

Der Arbeitnehmer ist von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei, solange die Arbeitsleistung infolge eines nach der Begründung des Arbeitsverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich ist (§ 275 BGB)²⁾. Darüber hinaus wird der Arbeitnehmer selbst dann von seiner Arbeitspflicht frei, wenn er die Unmöglichkeit zu vertreten hat. An die Stelle der primären Leistungspflicht, der Arbeitspflicht, tritt jedoch als sekundäre eine Schadensersatzpflicht (§ 325 BGB)³⁾. Daß der Arbeitnehmer bei nur vorübergehender, nicht zu vertretender Unmöglichkeit nachleistet, kann der Arbeitgeber in der Regel deshalb nicht verlangen, weil der Arbeitnehmer ohnedies gewöhnlich seine ganze Arbeitszeit dem Arbeitgeber zur Verfügung stellen muß und deshalb dazu außerstande ist⁴⁾. Doch wird der Arbeitnehmer dann verpflichtet sein nachzuleisten, wenn ihm das zuzumuten, wenn es nach den Regeln des Arbeitszeitrechtes erlaubt ist und dem Arbeitgeber sehr daran liegt. Die Nachleistungspflicht des Arbeitnehmers bedeutet in diesem Falle

1) Die Voraussetzungen für den Annahmeverzug des Arbeitgebers bestimmen die allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 293 ff. BGB. Vgl. z.B. Bulla, S.658 Anm.193; Hueck-Nipperdey, I S.218 f.; BAG, Urt. v. 24.11.1960, AP Nr.18 zu § 615 BGB.

2) Vgl. z.B. Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.56.

3) z.B. Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.56. - Zur Anwendbarkeit des § 325 BGB auf das Arbeitsverhältnis vgl. unten 3 a, cc auf S.48 ff.

4) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.220; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.129 und 131; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.56.

eine Konkretisierung seiner allgemeinen Treuepflicht¹⁾. Bei vorübergehender, aber zu vertretender Unmöglichkeit ist eine Nachleistung schon begrifflich ausgeschlossen: Denn jede zu vertretende Nichtleistung der Arbeit ist, wenn diese nachgeholt werden kann, nicht Unmöglichkeit, sondern Verzug²⁾.

Ist die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eine dauernde, nicht nur eine vorübergehende, so gilt nichts anderes: Der Arbeitnehmer wird von seiner Hauptpflicht frei, das Arbeitsverhältnis jedoch besteht fort und endet erst mit der Erfüllung eines Beendigungstatbestandes, z.B. mit der Kündigung einer Vertragspartei aus wichtigem Grunde gemäß § 626 BGB.

c) § 242 BGB

Von den Fällen der Unmöglichkeit sind diejenigen zu unterscheiden, in welchen dem Arbeitnehmer die Erfüllung der Arbeitspflicht wohl möglich ist, nicht aber zugemutet werden kann. Gemäß dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ist der Arbeitnehmer - und das bedeutet keine Besonderheit des Arbeitsverhältnisrechtes - von seiner Arbeitspflicht frei, solange ihrer Erfüllung unverschuldete "überobligationsmäßige" Schwierigkeiten entgegenstehen³⁾.

d) Leistungsverweigerungsrecht

Der Arbeitnehmer braucht schließlich seine Arbeitspflicht dann nicht zu erfüllen, wenn er ein Leistungsverweigerungsrecht hat. Ist der Arbeitnehmer - gemäß der dispositiven Regel des § 614 BGB - verpflichtet vorzuleisten, so kann er

1) Vgl. unten II 1, S.75 f.

2) S. dazu im einzelnen 3 a, aa und 3 b, aa auf S.46 und S.51.

3) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.220 f.; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.132; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.57.

Vgl. auch Molitor (AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VIII (1962) unter F), der mit Recht schreibt, daß gerade zur Beendigung unzumutbar gewordener Arbeitsverhältnisse die außerordentliche Kündigung des § 626 BGB bestimmt ist.

die Fortsetzung der Arbeit nach § 273 Abs.1 BGB verweigern, wenn der Arbeitgeber den fälligen Lohn für den vergangenen Zeitabschnitt nicht zahlt¹⁾. Unter den besonderen Voraussetzungen des § 321 BGB hat der Arbeitnehmer - trotz seiner Vorleistungspflicht - ein Leistungsverweigerungsrecht auch wegen seines Lohnanspruches für den laufenden Zeitabschnitt²⁾. Ist der Lohn - entgegen § 614 BGB - vor oder bei Beginn der Arbeit zu zahlen, so darf der Arbeitnehmer gemäß § 320 Abs.1 Satz 1 BGB die Leistung der Arbeit verweigern, bis er den Lohn erhalten hat³⁾. Ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers kann auch deshalb begründet sein, weil der Arbeitgeber andere wichtige arbeitsvertragliche Pflichten nicht erfüllt⁴⁾.

3. Nicht- und Schlechtleistung

Der Arbeitnehmer verletzt seine Arbeitspflicht, wenn er die geschuldete Arbeit vertretbar nicht oder schlecht leistet⁵⁾.

1) Bulla, S.670 Anm.216; Kirschner, DB 1961 S.842 ff.; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.58; Würdinger, HGB-RGRK, § 59 Anm.47. Nikisch, S.375, will dem Arbeitnehmer nur dann ein Zurückbehaltungsrecht geben, wenn der Arbeitgeber s c h u l d h a f t mit der Lohnzahlung e r h e b l i c h im Rückstand ist. Dies folge aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses und der ihm entspringenden Treuepflicht. Daran ist gewiß richtig, daß der Arbeitnehmer u.U. seine Treuepflicht verletzt, wenn er ein - ihm formal zustehendes - Leistungsverweigerungsrecht geltend macht.

2) z.B. Würdinger, HGB-RGRK, § 59 Anm.47.

3) Bulla, S.670 Anm.216; Kirschner, DB 1961 S.842; Schlegelberger-Schröder, § 59 Anm.85; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.58.

4) Bulla, S.670 f. Anm.216; Hueck-Nipperdey, I S.222; Schlegelberger-Schröder, § 59 Anm.85; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.58; vgl. auch Kirschner, DB 1961 S.845.

5) Nach Nikisch, S.274, verletzt der Arbeitnehmer die D i e n s t p f l i c h t, wenn er die Stellung nicht oder nicht rechtzeitig antritt oder wenn er sie vor der Zeit wieder aufgibt. Die A r b e i t s p f l i c h t verletzt der Arbeitnehmer, S.299 f., wenn er die ihm übertragenen Arbeiten nicht ordnungsgemäß ausführt, z.B. nicht oder nicht pünktlich zur Arbeit erscheint oder den Betrieb vor Arbeitschluß verläßt. Vgl. dazu auch oben Anm.3 auf S.41. Maus, S.218 und 220 ff., spricht von Ver-

Die §§ 611 ff. BGB regeln die Verletzung der Dienstpflicht nicht. Es gelten darum - grundsätzlich - die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse.

a) Unmöglichkeit

aa) Nichtleistung und Unmöglichkeit

Nichtleistung der Arbeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer die Arbeit verspätet oder überhaupt nicht antritt, wenn er die Arbeit unterbricht, nach einem Feiertag z.B. nicht wieder rechtzeitig aufnimmt oder gar im Stiche läßt. Hat der Arbeitnehmer diese Nichtleistung zu vertreten, so kommen die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit, aber auch die des Verzuges in Betracht.

Die Entscheidung der Frage, ob bei vertretbarer Nichtleistung der Arbeit die Regeln der Unmöglichkeit oder die des Verzuges gelten, ist darauf zu gründen, daß die Arbeitspflicht in aller Regel eine absolute Fixschuld ist, die - nicht einer Abrede gemäß, sondern ihres Inhaltes wegen - nur zu einer ganz bestimmten Zeit erfüllt werden kann: Die während der Vertragszeit einmal versäumte Arbeit ist im allgemeinen nicht mehr nachzuholen¹⁾. Weil die Verzugsvorschriften indes grundsätzlich die Nachholbarkeit der Leistung voraussetzen²⁾, die Arbeitsleistung aber gewöhnlich nicht mehr nachgeholt werden kann, erscheint es richtiger, in der vom Arbeitnehmer zu vertretenden Nichtleistung der Arbeit regelmäßig Unmöglichkeit und nicht Verzug zu sehen³⁾.

.. tragsbruch (im engeren Sinne), wenn der Arbeitnehmer die ihm aus dem Arbeitsvertrag obliegende Pflicht der Arbeitsaufnahme nicht erfüllt. Die Arbeitspflicht indes könne der Arbeitnehmer erst nach seiner Einstellung verletzen.

- 1) Ebenso Gumpert, BB 1955 S.965. Nikisch, S.274, hält wohl die "Dienstpflicht" für eine absolute Fixschuld, meint aber von der zur Erfüllung der - spezielleren - "Arbeitspflicht" zu erbringenden Arbeitsleistung, S.274 Anm.13, daß sie sich regelmäßig nachholen lasse. Das trifft bei der heutigen Arbeitsorganisation im Betrieb aber nicht zu. Vgl. auch Hueck-Nipperdey, I S. 223 Anm.1, und Hueck in AP, Anm. zu Nr.18 zu § 615 BGB (unter Ziff.3).
- 2) Vgl. Lorenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 4.Aufl., 1960, Bd.I S.221.
- 3) Unmöglichkeit nehmen in der Regel an: Nikisch, S.274; Schnorr v. Carolsfeld, S.225; Sinzheimer, Grundzüge des

bb) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Der Arbeitnehmer hat - gemäß § 276 Abs.1 S.1 BGB - Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten¹⁾. Eine Ausnahme von diesem bürgerlichrechtlichen Grundsatz gilt auch bei der Schlechterfüllung gefahrengeneigter Arbeit nicht²⁾. Die Ansicht, der Arbeitnehmer habe dem Arbeitgeber generell nur für Vorsatz und g r o ß e Fahrlässigkeit einzustehen³⁾, ist nicht richtig: Die personelle Struktur des Arbeitsverhältnisses spricht nicht für, sondern gegen diese Meinung und begründet eine Ausnahme von § 276 Abs.1 Satz 1 BGB nicht. Auch die in der privaten Wirtschaft zu beobachtende - doch wohl allein wirtschaftlich zu erklärende - Tendenz, kleinere Schadensersatzansprüche bei leichter Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers nicht geltend zu machen, rechtfertigt nicht eine Abkehr von § 276 BGB. Die Normen schließlich, welche die Haftung der Beamten und der Personen einschränken, die in

.. Arbeitsrechts, S.174 f.; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.139; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.59.

Für Verzug als Regel treten ein: Hueck in Hueck-Nipperdey, I S.223 f., und AP, Anm. zu Nr.18 zu § 615 BGB (dort heißt es: "Unter Unmöglichkeit ... ist bei nicht nachholbaren Leistungen nur der Fall zu verstehen, daß die Leistung zur Zeit der Fälligkeit nicht erbracht werden kann. Wäre sie dagegen damals an sich möglich gewesen und ist sie nur infolge Nichtleistung durch den Arbeitnehmer ... unterblieben, so ist nach der Regelung des BGB die Rechtslage nach den Vorschriften des Schuldnerverzuges zu beurteilen." Das ist indes nicht richtig, weil - wie schon gesagt - die Verzugsvorschriften, dies zeigt ihr Wortlaut, die Nachholbarkeit der Leistung voraussetzen); Maus, S.218 und 220 ff.; wohl auch BAG, Urt. v. 24.11.1960, AP Nr.18 zu § 615 BGB. - Zur Frage, wann die zu vertretende Nichtleistung der Arbeit a u s n a h m s w e i s e den Tatbestand des Verzuges erfüllt, vgl. unten b, aa auf S.51.

- 1) Das ist die heute herrschende Meinung. Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.228; Kaskel-Dersch, S.144; Nikisch, S.300; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.147; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.63; BAG, Urt. v. 8.12.1958, AP Nr.1 zu § 276 BGB, mit zustimmender Anmerkung von Dersch; vom 19.3.1959, AP Nr.8 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.
- 2) Vgl. dazu im einzelnen unten Ziff.4, S.54 ff.
- 3) Denecke, BGB - RGKR, vor § 611 Anm.17 ff., und RdA 1952 S.209 ff.; Maus, Handbuch, II S.18; LAG Stuttgart, Urt.v. 17.9.1954, AP Nr.2 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

Ausübung eines ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes handeln (also insbesondere die Vorschriften des Beamten- und Amtshaftungsrechtes), beruhen auf Voraussetzungen, die das arbeitsrechtliche Arbeitsverhältnis nicht erfüllt, und werden mit Überlegungen gerechtfertigt, die nicht ohne weiteres ins Arbeitsrecht passen^{1) 2)}.

Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vom Arbeitnehmer verschuldet ist, so trifft ihn die Beweislast (§ 282 BGB).

cc) Rechtsfolgen

Weil der Arbeitsvertrag zu den gegenseitigen Verträgen zählt³⁾, bestimmt nicht § 280, sondern § 325 BGB die Rechtsfolgen der vom Arbeitnehmer zu vertretenden Unmöglichkeit der Arbeitsleistung⁴⁾.

Die Meinung, die §§ 323-326 BGB gälten nicht für das Arbeitsverhältnis⁵⁾, ist nicht richtig. Die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches für gegenseitige Verträge, zu denen auch der Arbeitsvertrag zählt, gelten grundsätzlich auch im Ar-

1) Vgl. Below, S.654 f.; Bulla, AR-Blattei, Haftung des Arbeitnehmers, Anm. zu Entsch.1; Gaul, DB 1958 S.1012 und 1962 S.168; Hueck-Nipperdey, I S.228 Anm.27; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.63; Nikisch, S.301; BAG, Urt. v. 19.3.1959, AP Nr.8 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

2) Schnorr v. Carolsfeld schreibt, S.304 f., daß ein gewisses geringeres Maß schädlichen Verhaltens haftungsfrei bleiben müsse, wenn ein solches dem durchschnittlichen Verhalten entspricht. Es handele sich hier um einen echten relativen Rechtswidrigkeitsausschließungsgrund, nicht um einen Rechtfertigungsgrund. Das ist indes nicht richtig: Auch die Geschirrspülerin, die während längerer Zeit, aus Unachtsamkeit, eine geringe Menge Geschirr zerschlägt, handelt rechtswidrig. Vgl. Gaul, DB 1962 S.167.

3) Vgl. oben im ersten Teil unter II 3.

4) Vgl. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 4.Aufl., 1960, Bd.I S.215. - Schnorr v. Carolsfeld, S.222 f., z.B. wendet auch § 280 BGB an.

5) So Denecke, BGB - RGRK, vor § 611 Anm.15; BAG, Urt. v. 22.11.1956, AP Nr.1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko (vgl. auch Urt. v. 25.8.1955, AP Nr.1 zu § 14 SchwBeschG); BGH, Urt. v.11.7.1953, BGHZ Bd.10 S.187 (191 ff.), mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des RAG und RG.

beitsverhältnisrecht¹⁾. Das Wesen des Arbeitsverhältnisses vermag wohl einzelne Ausnahmen, nicht aber die Außerkraftsetzung dieser Vorschriften insgesamt zu begründen.

Wie bei der Anfechtung des Arbeitsvertrages ist die Zeit vor Antritt der Arbeit von der danach zu unterscheiden:

Wird dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nach Abschluß des Arbeitsvertrages aber vor Antritt der Arbeit unmöglich, so gilt § 325 BGB ohne Einschränkung²⁾. Bei gänzlicher Unmöglichkeit der Arbeitsleistung - der Arbeitnehmer verbüßt eine langjährige Freiheitsstrafe - kann der Arbeitgeber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Arbeitsvertrag zurücktreten (§ 325 Abs.1 Satz 1 BGB)³⁾. Welchen Schaden der Arbeitnehmer zu ersetzen hat, folgt aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere aus § 249 Satz 1; im Arbeitsverhältnisrecht gilt insoweit nichts anderes als im übrigen Recht der Schuldverhältnisse⁴⁾. Bei teilweiser Unmöglichkeit - der Arbeitnehmer verstümmelt sich, um dem Wehrdienst zu entgehen, oder er verbüßt eine kürzere Freiheitsstrafe - ist der Arbeitgeber, wenn er an den Diensten eines nur beschränkt arbeitsfähigen oder erst gewisse Zeit nach dem arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitsbeginn verfügbaren Arbeitnehmers kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten (§ 325 Abs.1 Satz 2 BGB)⁵⁾. Hat der Arbeitgeber indes auch an der teilweisen Erfüllung des Arbeitsvertrages durch

1) So Gumpert, BB 1955 S.966; Hueck in Hueck-Nipperdey, I S.133, und AP, Anm. zu Nr.14 zu § 56 BetrVG; Nikisch, S.162 und 274; Schnorr v. Carolsfeld, S.162; BAG, Urt. v. 15.11.1957, AP Nr.2 zu § 125 BGB; s. auch Beitzke, AP, Anm. zu Nr.1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

2) Vgl. Nikisch, S.274; Schnorr v. Carolsfeld, S.223; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, vor § 611 Anm.41.

3) Nikisch, S.275; Schnorr v. Carolsfeld S.223.

4) Vgl. BAG, Urt. v. 30.6.1961, BB 1961 S.975. Der hier zu ersetzende Schaden kann hier z.B. darin bestehen, daß - weil ein Nachfolger nicht rechtzeitig zu finden war - Aufträge nicht oder nur verspätet erledigt werden konnten und deshalb Gewinne entgingen oder Vertragsstrafen fällig wurden.

5) Nikisch, S.275; Schnorr v. Carolsfeld, S.223.

den Arbeitnehmer ein Interesse, so kann er wegen des unmöglichen Teiles der Arbeitsleistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Bei gänzlicher wie bei teilweiser Unmöglichkeit der Arbeitsleistung kann sich der Arbeitgeber schließlich auf den Standpunkt stellen, daß seine Verpflichtung zur Gegenleistung - seine Lohnzahlungspflicht - erloschen ist, soweit die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unmöglich wurde (§ 325 Abs.1 Satz 3 i.V.m. § 323 Abs.1 BGB)¹⁾. Ein Grund dafür, den § 325 BGB vor Antritt der Arbeit nur beschränkt auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, besteht nicht. Insbesondere schließt § 626 BGB, der ein Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde gibt, den § 325 BGB, soweit er zum Rücktritt berechtigt, erst dann als *lex specialis* aus, wenn die Parteien mit der Erfüllung des Arbeitsvertrages begonnen haben. Das Arbeitsverhältnis vor Antritt der Arbeit, das sich von dem danach vor allem in seiner Intensität unterscheidet, rechtfertigt eine andere Auffassung nicht.

Wird dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung erst nach Antritt der Arbeit unmöglich, so ist wohl in aller Regel die Unmöglichkeit selbst dann nur eine teilweise, wenn der Arbeitnehmer überhaupt nicht mehr für den Arbeitgeber arbeiten kann. Hat die teilweise Erfüllung des Arbeitsvertrages für den Arbeitgeber kein Interesse, so ist er zwar gemäß § 325 Abs.1 Satz 2 BGB berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen, nicht aber, von dem ganzen Arbeitsvertrage zurückzutreten²⁾. An die Stelle des Rücktrittsrechtes tritt nun unter den gesetzlichen Voraussetzungen des spezielleren § 626 BGB das Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses³⁾. Hat der Arbeit-

1) Nikisch, S.275. - Bei gänzlicher Unmöglichkeit müßten allerdings dann mit der Lohnzahlungspflicht auch alle übrigen Pflichten des Arbeitgebers erlöschen.

2) Vgl. Nikisch, S.275; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, vor § 611 Anm.41.

3) Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 626 Anm.60; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 626 Anm.1. - Eine Parallele dazu ist die grundsätzlich *ex nunc* wirkende Nichtigkeit des Arbeitsvertrages; vgl. oben im ersten Kapitel unter II.

geber trotz der teilweisen Unmöglichkeit ein Interesse an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, so kann er Schadensersatz nur für den unmöglichen Teil verlangen. Schließlich hat der Arbeitgeber auch nach Antritt der Arbeit die Rechte aus § 325 Abs.1 Satz 3 i.V.m. § 323 Abs.1 BGB.

b) Verzug

aa) Nichtleistung und Verzug

Obwohl sich die vom Arbeitnehmer zu vertretende Nichtleistung der Arbeit in aller Regel als Unmöglichkeit der Arbeitsleistung darstellen wird, kann sie ausnahmsweise einmal den Tatbestand des Verzuges erfüllen. So gelten z.B. die Regeln des Verzuges - nicht die der Unmöglichkeit -, wenn der in einem kleinen Handwerksbetrieb beschäftigte Arbeitnehmer ohne Grund die Arbeit für wenige Stunden unterbricht und die Möglichkeit besteht, sie abends nachzuleisten¹⁾. Hier kommt der Arbeitnehmer - wie in allen Fällen, in denen die Arbeit während einer bestimmten Arbeitszeit zu leisten ist - ohne Mahnung in Verzug (§ 284 Abs.2 Satz 1 BGB). Im Gegensatz zu den oben²⁾ behandelten Fällen bleibt es beim Verzug, weil die versäumte Arbeit nachgeholt werden kann und deshalb nicht unmöglich geworden ist³⁾.

bb) § 285 BGB

Daß der Arbeitnehmer den Verzug zu vertreten hat (§ 276 Abs.1 Satz 1 BGB), vermutet das Gesetz widerleglich (§ 285 BGB).

cc) Rechtsfolgen

Die Folgen des Verzuges, die seiner geringen praktischen Bedeutung wegen nur skizziert werden sollen, sind für den

1) Vgl. auch Schnorr v. Carolsfeld, S.329.

2) unter den Buchstaben a, aa

3) Vgl. Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.139; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.59.

Ob die Arbeit nachgeholt werden kann, ist objektiv nach den Regeln des Arbeitszeitrechtes und subjektiv mit dem Maßstab der Zumutbarkeit zu prüfen.

Arbeitsvertrag als gegenseitigen Vertrag in den §§ 286 Abs.1¹⁾ und 326 BGB geregelt: Der Arbeitnehmer hat die Arbeit nachzuleisten und dem Arbeitgeber den durch den Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 286 Abs.1 BGB)²⁾. Unter den weiteren Voraussetzungen des § 326 BGB kann der Arbeitgeber, soweit der Arbeitnehmer in Verzug gekommen ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen³⁾. Das Rücktrittsrecht hat der Arbeitgeber jedenfalls dann nicht, wenn der Arbeitnehmer nach Antritt der Arbeit mit einem Teil seiner Arbeitsleistung in Verzug gerät⁴⁾. Das Kündigungsrecht, das die speziellere Vorschrift des § 626 BGB gibt, tritt an seine Stelle⁵⁾.

c) Schlechtleistung

aa) Tatbestand

Die Sachverhalte, die den Tatbestand der Schlechtleistung - der positiven Forderungsverletzung - erfüllen, können sehr verschieden sein: Jede Verletzung der Arbeits-

- 1) Beim gegenseitigen Vertrag tritt an die Stelle des § 286 Abs.2 der § 326 Abs.2 BGB. § 286 Abs.2 BGB wenden Maus, S.218 und 220 ff., und Schnorr v. Carolsfeld, S.330, an.
- 2) Hueck-Nipperdey, I S.223 f.; Schnorr v. Carolsfeld, S.224 f.
- 3) Gumpert, BB 1955 S.966. - Hueck in Hueck-Nipperdey, I S.226 Anm.17, meint, daß der Schadensersatzanspruch des § 326 durch den des § 628 Abs.2 BGB ersetzt werde. Das stimmt jedenfalls aber dann nicht, wenn der Arbeitnehmer - was die Regel sein wird - nur mit einem Teil der ihm obliegenden Arbeitsleistung in Verzug kam und der Arbeitgeber an der teilweisen Erfüllung des Arbeitsvertrages ein Interesse hat: Denn ohne Zweifel tritt hier, soweit der Arbeitnehmer im Verzuge ist, an die Stelle des Anspruches auf die Arbeitsleistung der Schadensersatzanspruch des § 326 BGB, während im übrigen das Arbeitsverhältnis unverändert fortbesteht. § 628 Abs.2 BGB dagegen setzt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses voraus. Richtig: Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.142; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, vor § 611 Anm.41.
- 4) Hueck-Nipperdey, I S.225 f.; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.141; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, vor § 611 Anm.41.
- 5) Hueck-Nipperdey, I S.225 f.; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.141; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 626 Anm.1.

pflieht - diese in einem umfassenderen, auch die bei ihrer Erfüllung zu beachtenden unselbständigen Verhaltenspflichten einschließenden Sinne verstanden - zählt hierher, die der Arbeitnehmer zu vertreten und die weder Unmöglichkeit noch Verzug zur Folge hat oder dazu wohl führt, doch dem Arbeitgeber einen über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden zufügt¹⁾.

bb) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Zu vertreten hat der Arbeitnehmer - wie bei Unmöglichkeit und Verzug - Vorsatz und jede Fahrlässigkeit (§ 276 Abs.1 Satz 1 BGB). - Ist streitig, ob der Arbeitnehmer die Schlechtleistung zu vertreten hat, so trifft die Beweislast - entgegen der gesetzlichen Regelung bei Unmöglichkeit und Verzug - den Arbeitgeber²⁾.

cc) Rechtsfolgen

Aus der Schlechtleistung folgt für den Arbeitgeber ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer, dessen Inhalt sich grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB richtet³⁾. Bedeutet die Verletzung der Arbeitspflicht einen wichtigen Grund i.S. des § 626 BGB, so hat der Arbeitgeber überdies ein Recht zur fristlosen Kündigung⁴⁾.

-
- 1) Vgl. etwa Enneccerus-Lehmann, S.234 ff.; Esser, S.340 ff.; Larenz, S.234 ff. Beispiele: Ein Arbeitnehmer verletzt bei der Arbeit fahrlässig einen Werksbesucher; ein Laborant stellt heimlich im Dienst Sprengstoffe her und verursacht dabei eine Explosion.
 - 2) Vgl. zu dieser allgemeinen zivilrechtlichen Frage z.B. Hueck-Nipperdey, I S.229 f., insbesondere Anm.33a; Nikisch, S.308.
 - 3) Eine Ausnahme gilt bei gefahreneigener Arbeit; vgl. unten Ziff.4, S.54ff.
 - 4) So ist es z.B. dann, wenn ein Arbeitnehmer während der Arbeit dem Arbeitgeber vorsätzlich Schaden zufügt (vgl. § 123 Abs.1 Nr.6 GewO.), etwa aus Mutwillen ein Werkstück verdirbt oder als Saboteur eine Maschine beschädigt. Vgl. auch Wallmeyer, S.35 ff.

4. Gefahrengeneigte Arbeit

a) Schädigung des Arbeitgebers

Nach den Regeln des bürgerlichen Rechts hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber den durch Schlechtleistung der geschuldeten Arbeit oder unerlaubte Handlung entstandenen Schaden voll zu ersetzen (§ 249 S.1 BGB), wenn nicht bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Arbeitgebers mitgewirkt hat (§ 254 BGB). Literatur und Rechtsprechung haben diesen Grundsatz eingeschränkt. Sie lassen Ausnahmen zu, wenn der Arbeitnehmer "gefahrengeneigte" Arbeit verrichtete¹⁾.

"Gefahrengeneigt" ist eine Arbeit, deren "Eigenart es mit großer Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, daß auch dem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentlich Fehler unterlaufen, die - für sich allein betrachtet - zwar jedesmal vermeidbar waren, also fahrlässig herbeigeführt worden sind, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeit als mit einem typischen Abirren der Dienstleistung erfahrungsgemäß zu rechnen ist"²⁾. So kann - dies ist das Hauptbeispiel - gefahrengeneigte Arbeit das Führen von Kraftfahrzeugen sein³⁾.

Hat ein Arbeitnehmer bei solcher Arbeit Schaden verursacht, so gilt für die Voraussetzungen und den Umfang des Schadensersatzes: "Schäden, die ein Arbeitnehmer bei gefahrengeneigter Arbeit nicht grob fahrlässig verursacht, sind bei nor-

1) Gamillscheg (zitiert nach Adomeit, Bericht über den 45. Deutschen Juristentag, RdA 1964 S.385) will - noch weitergehend - auf diese Voraussetzung verzichten. Er prägt den Begriff der "Drucksituation", der ihm als Regulativ dient. Mayer-Maly indessen (zitiert nach Adomeit, Bericht über den 45. Deutschen Juristentag, RdA 1964 S.386) hält Ausnahmen von dem bürgerlichrechtlichen Grundsatz für nicht akzeptabel.

2) BAG, Beschluß des Großen Senats vom 25.9.1957, AP Nr.4 zu §§ 898, 899 RVO.

3) Vgl. etwa BAG, Urt. v. 10.3.1961 und 29.9.1961, AP Nr.23 und 26 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Als gefahrengeneigt wurde z.B. weiter angesehen die Arbeit eines Maschinenmeisters (RAG, Urt. v. 14.1.1941, ARS 41, 264f.), eines Lokomotivführers (BGH, Urt. v. 12.5.1959, AP Nr.25 zu §§ 898, 899 RVO) und eines Kranführers (LAG Düsseldorf, Urt. v. 5.1.1956, DB 1956 S.355).

maler Schuld in aller Regel zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer quotaal zu verteilen, wobei die Gesamtumstände von Schadensanlaß und Schadensfolgen nach Billigkeitsgrundsätzen und Zumutbarkeitsgesichtspunkten gegeneinander abzuwägen sind. Bei geringer Schuld des Arbeitnehmers wird in aller Regel der Arbeitgeber solche Schäden allein zu tragen haben."¹⁾ Bei grober Fahrlässigkeit hat der Arbeitnehmer in der Regel den ganzen Schaden zu ersetzen²⁾, bei Vorsatz immer^{3) 4)}.

Diese - heute allgemein gebilligten - Rechtsfolgen sind ungewöhnlich: Rechtsprechung und Lehre gehen einmal von dem bürgerlichrechtlichen Prinzip der "Ganz-oder-gar-nicht-Haftung" ab undbürden zum anderen dem Arbeitgeber einen Schaden auf, den einzig und allein der Arbeitnehmer durch

- 1) BAG, Urteile vom 19.3. und 21.11.1959, AP Nr.8 und Nr.14 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Das ist die heute herrschende Auffassung; vgl. z.B. die Zitate in der folgenden Anmerkung. Gamillscheg (zitiert nach Adomeit, Bericht über den 45.Deutschen Juristentag, RdA 1964 S.386) will den Arbeitnehmer auch bei mittlerer Fahrlässigkeit nicht haften lassen; er wendet sich insbesondere gegen die Abwägung der Gesamtumstände.
- 2) z.B. G.Hueck, AP, Anm. zu Nr.22 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; Iselt, NJW 1963 S.1100; BAG, Urt. v. 10.3.1961, AP Nr.23 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des BAG und einer zustimmenden Anmerkung von Hueck. - Nach dem BGH wird grobe Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers "weitgehend" zu dessen Alleinhaftung führen; vgl. die Urteile vom 10.1.1955, AP Nr.1 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, und 14.5.1957, BB 1957 S.786. - Die Einschränkung "in der Regel" oder "weitgehend" lassen fort: Below, S.654; Gamillscheg, zitiert nach Adomeit, Bericht über den 45.Deutschen Juristentag, RdA 1964 S.386; Gumpert, BB 1955 S.482; Hueck-Nipperdey, I S.234; Kaskel-Dersch, S.144; Nikisch, S.305f. - Nach Maus, Handbuch, II S.18, haftet der Arbeitnehmer, der gefahrengeignete Arbeit verrichtet, nur dann, wenn er vorsätzlich handelt. Für eine so weitgehende, von den bürgerlichrechtlichen Vorschriften sehr abweichende, nicht zu begründende Einschränkung der Arbeitnehmerhaftung besteht jedoch kein Bedürfnis.
- 3) Vgl. Gamillscheg, zitiert nach Adomeit, Bericht über den 45.Deutschen Juristentag, RdA 1964 S.386; Gaul, DB 1962 S.187.
- 4) Zur Bedeutung der Art und des Maßes der Unfallschuld bei der Schadensverteilung vgl. auch Ohr, NJW 1960 S.2174ff.

schuldhafte Schlechterfüllung seiner Arbeitspflicht bzw. widerrechtliche und schuldhafte Verletzung fremden Eigentums¹⁾ verursacht hat²⁾.

Begründet wird diese Verteilung des Schadens sehr verschieden:

Scheuerle³⁾ glaubt, in § 276 Abs.1 Satz 2 BGB einen besonderen arbeitsrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff zu erkennen. Dort ist definiert: Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Man müsse nun fragen, w o z u die Sorgfalt erforderlich sei. Auf diese Frage gäbe es für das Arbeitsrecht zwei Antworten: E r f o r d e r l i c h könne die Sorgfalt sein, die entweder eine Arbeitsleistung frei von Fehlern oder das wohlverstandene Glück des Arbeitnehmers gewährleiste. Scheuerle entscheidet sich für die zweite, die "personelle" (und gegen die erste, die "materielle") Antwort. Aus ihr folge, daß ein Arbeitnehmer, der seine Arbeit gewöhnlich zur Zufriedenheit des Arbeitgebers ausführt, sich einmal aber versieht, die erforderliche Sorgfalt nicht außer acht gelassen und darum nicht fahrlässig gehandelt habe.

Steindorff⁴⁾ erklärt die beschränkte Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bei gefahrengeneigter Arbeit - ganz ähnlich - mit einem dem Dauerrechtsverhältnis "Arbeitsverhältnis" angepaßten Fahrlässigkeitsbegriff: Das Maß der nach § 276 Abs.1 Satz 2 BGB verlangten Sorgfalt sei vermutlich, wie zahlreiche andere Regelungen des Schuldrechts, ohne Rücksicht auf die Besonderheiten der Dauerrechtsverhältnisse entwickelt worden. Die dem abstrakten Maßstab zugrunde liegenden Fälle seien fast stets Einzelhandlungen gewesen. Bei der normativen Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt müsse jedoch berücksichtigt werden, daß bei Dauer-

1) Siehe dazu BAG, Urt. v. 12.5.1960, AP Nr.16 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

2) Vgl. Isele, NJW 1963 S.1101.

3) RdA 1958 S.247 ff.

4) JZ 1959 S.1 ff.

rechtsverhältnissen einzelne Fehlgriffe unvermeidbar sind. Das typische Abirren der Dienstleistung könne deshalb dem Arbeitnehmer nicht als Fahrlässigkeit zugerechnet werden¹⁾²⁾.

Wiegleb³⁾ unterstellt in allen Fällen gefahrengeneigter Arbeit einen stillschweigend vereinbarten Ausschluß der Haftung des Arbeitnehmers bei leichter Fahrlässigkeit.

Gaul⁴⁾ schreibt zur Begründung des Schadensausgleichs, daß nach dem Willen der Arbeitsvertragsparteien Arbeitslohn und Arbeitsleistung in einem Äquivalenzverhältnis stehen. Aus der Höhe des Lohnes ergebe sich deshalb, ob dem Arbeitnehmer nur die berufsübliche oder auch eine darüber hinausgehende, durch eine besondere Schadensanfälligkeit begründete übernormale Verantwortung übertragen ist. Die Haftung des Arbeitnehmers dürfe nur so weit gehen, wie ihm die Verantwortung für die Betriebsmittel, die Sicherheit anderer etc. übertragen ist.

Clauss⁵⁾ sieht den Grund in dem Rechtsgedanken der §§ 708, 1359 und 1664 BGB: Verlange der Wert einer Gemeinschaft - eine solche bildeten auch Arbeitgeber und Arbeitnehmer - und ergebe sich aus der Tiefe des Verbundenheitsbewußtseins ihrer Glieder, daß diese ihre materiellen Ansprüche gegeneinander um des Ganzen willen um einen Pflock zurückstecken müssen, so sei die Haftung zwischen ihnen beschränkt⁶⁾.

Dersch⁷⁾ regt an, den Grundgedanken des § 254 BGB sinngemäß zu gebrauchen.

1) Vgl. dazu die Kritik von Ohr, AuR 1960 S.242 ff.

2) Below, S.656, glaubt, die herrschende Meinung ließe sich mit einer "richtigen" Interpretation des generellen Begriffes der Fahrlässigkeit begründen. Vgl. dazu auch Dersch, BB 1956 S.501.

3) Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes 1956

4) DB 1958 S.1013 ff.

S.6.

5) NJW 1959 S.1408 f.

6) Vgl. dazu die Kritik von Böhmer, NJW 1959 S.1713 f.

7) z.B. Dersch, RdA 1958 S.446 unter 6c; Kaskel-Dersch, S.145.

Frey¹⁾ nennt die "objektive Figur des Eigenrisikos": Grund der beschränkten Arbeitnehmerhaftung sei die Ausstrahlung des Eigentums und der dadurch geschaffenen Eigentümerposition und Eigentümersphäre in Ausdeutung des Art.14 GG. Der Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer im eigenen Interesse mit gefahreneigener Arbeit beschäftigt, müsse mit Schäden rechnen, sie voraussehen, einkalkulieren und sich durch eine Versicherung decken.

Gamillscheg²⁾ rechtfertigt die Schadensverteilung ähnlich damit, daß die Tragung des im Arbeitsablauf entstehenden Schadens dem Betriebsrisiko (Unternehmerwagnis) zuzurechnen sei, sofern der Arbeitnehmer nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt habe³⁾.

Bulla⁴⁾ und Dersch⁵⁾ berufen sich auf das sozialrechtliche Schutzprinzip.

Die Mehrzahl⁶⁾ begründet heute die Schadensverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei gefahreneigener Arbeit mit dem das Arbeitsverhältnis beherrschenden Treue- und Fürsorgegedanken. Mit ihm vertrage es sich nicht, belastete der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit dem Ersatz von Schäden, die aus der Eigenart und den besonderen Gefahren der zugewiesenen Arbeit folgen und zum typischen vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko zählen, selbst wenn sie vom Arbeitnehmer fahrlässig verursacht worden seien⁷⁾.

1) BB 1960 S.413; AuR 1959 S.202.

2) Zitiert nach Adomeit, Bericht über den 45.Deutschen Juristentag, RdA 1964 S.385 f.

3) Zögernd zustimmend Galperin, zitiert nach Adomeit, Bericht über den 45.Deutschen Juristentag, RdA 1964 S.386.

4) Mitteilungen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes e.V. 1957 Nr.15 S.4 unter D II 1; Die Arbeitskammer, Zeitschrift der Arbeitskammer des Saarlandes, 1961 S.409.

5) RdA 1958 S.443.

6) Enneccerus-Lehmann, S.620 f.; Gumpert, BB 1958 S.740; Haberkorn, Betriebsverfassung 1958 S.223; Herschel, JZ 1958 S.258; Hueck-Nipperdey, I S.233; Klein, JZ 1959 S.748; Nikisch, S.305; Ohr, BB 1960 S.489; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.40 zu den §§ 617 ff.; BAG, Beschluß des Großen Senats vom 25.9.1957, AP Nr.4 zu §§ 89ff. RVO; BGH Urt.v.10.1.1955, AP Nr.1 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; vom 1.2.1963, NJW 1963 S.1100 (1102).

Die Frage, welche Begründung wohl die richtige ist, soll - weil sie in Wahrheit nur ein unselbständiges Teilproblem bildet - später umfassender formuliert und dann erst beantwortet werden¹⁾.

b) Schädigung eines unternehmensfremden Dritten

Bisher war die Rede von Schäden, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch zu vertretende Schlechtleistung der arbeitsvertraglich geschuldeten gefahrengeneigten Arbeit oder unerlaubte Handlung bei ihrer Verrichtung zufügte.

Die Grundsätze über die Verteilung solcher Schäden zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gelten nach heute allgemeiner Auffassung auch dann, wenn der Arbeitnehmer bei der Verrichtung ihm übertragener gefahrengeneigter Arbeit einen unternehmensfremden Dritten durch unerlaubte Handlung schädigt. Der Dritte hat - gemäß den bürgerlichrechtlichen Regeln - gegen den schädigenden Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 BGB, neben dem Ansprüche gegen den Arbeitgeber nach den §§ 278 und 831 BGB bestehen können. Im Innenverhältnis jedoch - hinblickend auf den gegen den Arbeitnehmer gerichteten Schadensersatzanspruch des geschädigten Dritten - kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber unter den geschilderten Voraussetzungen und im beschriebenen Umfang Freistellung bzw. Erstattung fordern.

Begründet werden diese Ansprüche des Arbeitnehmers wiederum mit dem Treue- und Fürsorgegedanken, der es verbiete, dem Arbeitnehmer den Ersatz von Schäden aufzubürden, die zum typischen Betriebsrisiko des Arbeitgebers rechnen^{2) 3)}. Ob das richtig ist, soll - auch hier - vorerst dahinstehen.

7) Gaul, DB 1962, S.166, will die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers allein nicht als Begründung gelten lassen. Er konstruiert, DB 1962 S.203 ff., einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber wegen schuldhafter Verletzung der Treue- und Fürsorgepflicht. Mit diesem Anspruch könne der Arbeitnehmer gegen die Schadensersatzforderung des Arbeitgebers aufrechnen. Das Ergebnis, zu dem Gaul auf diesem - gesuchten, sehr konstruierten und nicht überzeugenden - Wege gelangt, gleicht dem der herrschenden Lehre.

1) Vgl. unten d.

c) Schädigung eines Arbeitskameraden

Der Schaden, den der Arbeitnehmer bei seiner gefahren-geneigten Arbeit verschuldet, kann schließlich auch den Arbeitskameraden, einen Arbeitnehmer desselben Betriebes oder Unternehmens, treffen. Er wird in aller Regel Körperschaden und die Folge eines Arbeitsunfalles sein.

Nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts hat dann der Geschädigte gegen den Schädiger einen Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung gemäß § 823 BGB, überdies vielleicht einen Anspruch auf Schmerzensgeld (§ 847 BGB).

- 2) Gumpert, BB 1958 S.742; Hueck-Nipperdey, I S.235; Knoll, JZ 1959 S.139; Klein, JZ 1959 S.748; Nikisch, S.306; Ohr, BB 1960 S.489; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem. 40 zu den §§ 617 ff.; BAG, Beschluß des Großen Senats vom 25.9.1957, AP Nr.4 zu den §§ 898, 899 RVO. - Gaul, DB 1962 S.203 ff., nimmt wiederum einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber an, aufgrund dessen jener wegen der Schadensersatzforderung des Dritten von seinem Arbeitgeber Freistellung oder Erstattung fordern dürfe; vgl. oben unter a.
- 3) Das BAG hat jüngst entschieden (Urt. v. 23.11.1962, NJW 1963 S.778): "Ein Arbeitnehmer, der fahrlässig den Arbeitsunfall eines mit ihm zusammenarbeitenden Arbeitnehmers, mag dieser auch im Arbeitsverhältnis zu einem anderen Arbeitgeber stehen, verursacht hat, haftet dem Geschädigten nicht, wenn und soweit ihm eine Belastung mit solchen Schadensersatzansprüchen nicht zugemutet werden kann, weil seine Schuld im Hinblick auf die besondere Gefahr der ihm übertragenen Arbeit nach den Umständen des Falles nicht schwer ist." Diese Haftungsbeschränkung beruhe letztlich auf der Tatsache, daß die beiden beteiligten Arbeitnehmer sich zu gemeinsamer Arbeit verbunden haben. Die Konstruktion und ihre Begründung überzeugen nicht. Der Geschädigte, Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers als der Schädiger, ist ebenso unternehmensfremder Dritter wie der Werkbesucher. Es hätte deshalb eine - vielleicht mit der Treue- und Fürsorgepflicht zu rechtfertigende - Schadensverteilung zwischen dem Schädiger und seinem Arbeitgeber versucht werden müssen, auch wenn ihre Konstruktion wegen der Regeln der gesetzlichen Unfallversicherung nicht einfach ist. Doch eine auf das bloße Faktum der Zusammenarbeit gegründete Anspruchsverkürzung zu Lasten des Geschädigten in Fortentwicklung der Rechtsprechung zur Haftung von Arbeitnehmern desselben Betriebes oder Unternehmens (vgl. unter c) befriedigt nicht.

Diese allgemeinen, bürgerlichrechtlichen Folgen modifiziert das - die Reichsversicherungsordnung ändernde - Gesetz zur Neuregelung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung vom 30. April 1963¹⁾. Die §§ 637, 636 RVO neuer Fassung, denen bisher die §§ 899, 898 RVO entsprachen, schließen heute Ansprüche des Arbeitnehmers auf Ersatz des Personenschadens "gegen einen in demselben Betrieb tätigen Betriebsangehörigen" aus, "wenn dieser den Arbeitsunfall durch eine betriebliche Tätigkeit verursacht". "Nach anderen gesetzlichen Vorschriften" - insbesondere also den bürgerlichrechtlichen Regeln - ist der Schädiger seinem Arbeitskameraden "nur dann verpflichtet, wenn er den Arbeitsunfall vorsätzlich herbeigeführt hat oder wenn der Arbeitsunfall bei der Teilnahme am allgemeinen Verkehr eingetreten ist". Ein originärer sozialversicherungsrechtlicher Ersatzanspruch des Versicherungsträgers gegen den Schädiger schließlich setzt voraus, daß dieser den Arbeitsunfall vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat (§ 640 Abs. 1 RVO n.F.). Die §§ 637, 636 RVO neuer Fassung erstrecken also die beschränkte Haftung des Unternehmers, die bisher gemäß den §§ 899, 898 RVO nur Bevollmächtigten, Repräsentanten, Betriebs- und Arbeiteraufsehern zugute kam, auf jeden "in demselben Betrieb tätigen Betriebsangehörigen, wenn dieser den Arbeitsunfall durch eine betriebliche Tätigkeit verursacht"²⁾.

Diese Modifikation der allgemeinen Rechtsfolgen durch das Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz könnte bedeuten, daß es heute besonderer, ungeschriebener Rechtssätze nicht mehr bedarf, um den Arbeitnehmer, der bei gefahreneigter Arbeit seinen Arbeitskameraden verletzt oder tötet, in Fällen nur geringeren Verschuldens von der Last des vollen Schadenersatzes - die ihn nach den Regeln des bürgerlichen Rechtes trafe - zu befreien. Denn einmal hat der Arbeitnehmer, der seinem Arbeitskameraden bei gefahreneigter Arbeit Körper-

1) BGBl. I S. 241.

2) Zum Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz vgl. Andrée, DB 1963 S. 553; Götz Hueck, RdA 1963 S. 224 ff.; Ilgenfritz, BB 1963 S. 403 ff. und NJW 1963 S. 1046 ff.; Jantz, RdA 1963 S. 121 ff.

schaden zufügt, "den Arbeitsunfall durch eine betriebliche Tätigkeit verursacht" (§ 637 Abs.1 RVO n.F.). Zum anderen halfen auch die bisher geltenden, von der Rechtsprechung gefundenen Normen - ähnlich den neuen Regeln der Reichsversicherungsordnung - im Grunde nur dem leicht fahrlässig handelnden Arbeitnehmer. Doch weckt ein Vergleich des Neuregelungsgesetzes mit der vor seinem Inkrafttreten maßgeblichen Judikatur rasch Zweifel daran, daß nun die Reichsversicherungsordnung die Problematik der Haftung eines Arbeitnehmers löst, der bei gefahrengeneigter Arbeit seinen Arbeitskameraden schädigt. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes¹⁾ und auch des Bundesgerichtshofes²⁾, welche die Literatur - bis auf wenige Autoren³⁾ - guthieß, galt bisher: "Ein Arbeitnehmer, der fahrlässig den Arbeitsunfall eines anderen Arbeitnehmers desselben Betriebes oder Unternehmens verursacht hat, haftet dem Geschädigten nicht, wenn und soweit ihm eine Belastung mit solchen Schadensersatzansprüchen deshalb nicht zugemutet werden kann, weil seine Schuld im Hinblick auf die besondere Gefahr der ihm übertragenen Arbeit nach den Umständen des Falles nicht schwer ist."⁴⁾ Während also § 637 Abs.1 RVO n.F. die Haftung des Arbeit-

1) BAG, Beschluß des Großen Senats vom 25.9.1957, AP Nr.4 zu §§ 898, 899 RVO.

2) BGH, Urteile vom 1.4.1958 und 12.5.1959, AP Nr.19 und 25 zu §§ 898, 899 RVO.

3) Böhrner, z.B. MDR 1958 S.400 f.; wohl auch Neumann-Duesberg, AuR 1959 S.32.

4) Ein Arbeitnehmer sollte jedoch einem anderen Arbeitnehmer desselben Betriebes oder Unternehmens dann gemäß § 823 BGB haften, "wenn und soweit er dank einer gesetzlich vorgeschriebenen Haftpflichtversicherung oder einer auf dasselbe Ergebnis hinauslaufenden rechtlichen Regelung letztlich den Schaden nicht zu tragen braucht": BAG, Urteil vom 14.2.1958, AP Nr.18 zu §§ 898, 899 RVO; OLG Karlsruhe, Urteil vom 26.3.1958, AP Nr.22 zu §§ 898, 899 RVO; BGH, Urt. v. 1.4.1958, AP Nr.19 zu §§ 898, 899 RVO, mit zustimmender Anmerkung von Götz Hueck, und vom 29.1.1963, BB 1963 S.312. Eine weitere Ausnahme brachte das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29.6.1959, AP Nr.26 zu §§ 898, 899 RVO. War der Arbeitnehmer aber gegen Haftpflicht versichert, ohne daß eine gesetzliche Pflicht zum Abschluß der Versicherung bestand, so haftete er wiederum - der Grundregel entsprechend - nicht: BGH, Urt. v. 12.5.1959, AP Nr.25 zu §§ 898, 899 RVO.

nehmers nur dann beschränkt, wenn dieser ein in d e m - s e l b e n B e t r i e b wie sein geschädigter Arbeitskamerad tätiger Betriebsangehöriger ist, gilt die Regel der Gerichte für jeden Arbeitnehmer, der den Arbeitsunfall eines anderen Arbeitnehmers d e s s e l b e n B e t r i e b e s o d e r U n t e r n e h m e n s verursacht hat. Die Haftungsbeschränkung durch die Reichsversicherungsordnung wirkt - mit anderen Worten - einem sehr viel kleineren Personenkreis gegenüber als die von den beiden oberen Bundesgerichten angenommene.

Die nächste Frage ist, ob der Gesetzgeber, der natürlich die Judikatur kannte, sich mit der Neuregelung wider sie entschied und die beschränkte Haftung des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitskameraden nun in den §§ 637, 636 RVO n.F. abschließend regelt oder aber sich aus sozialversicherungsrechtlichen Überlegungen entschloß, die Haftung in der beschriebenen Weise zu begrenzen, Rechtsprechung und Literatur jedoch nicht daran hindern wollte, aufgrund arbeitsrechtlicher Erwägungen weitere Haftungsbeschränkungen zuzulassen.- Die Tatsache, daß die gesetzliche Haftungsbeschränkung in der Reichsversicherungsordnung, nicht aber in einem Arbeitsgesetzbuch, also in sozialversicherungsrechtlichem, nicht in arbeitsrechtlichem Zusammenhang geregelt ist, deutet darauf hin, daß eine abschließende Normierung der Arbeitnehmerhaftung nicht gewollt war, sondern der Vorschrift nur eine spezielle Funktion im Gefüge der gesetzlichen Unfallversicherung zugedacht ist. Diese Auffassung rechtfertigen auch die Materialien zum Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz. So heißt es in der Begründung des von der CDU/CSU-Bundestagsfraktion eingebrachten Gesetzentwurfes¹⁾: "Aber auch die Haftung der übrigen Betriebsangehörigen auf Schadensersatz muß im Interesse der Aufrechterhaltung des Betriebsfriedens dann ausgeschlossen werden, wenn der Schädiger den Unfall bei Ausführung einer betrieblichen Tätigkeit verursacht hat. Die im bisherigen Recht vorgesehene Unterscheidung zwischen Betriebs-

1) Bundestags-Drucksache IV 120, Begründung zu § 634 des Entwurfes, der unverändert als § 637 Gesetz wurde.

und Arbeiteraufsehern einerseits und den sonst im Unternehmen Mitarbeitenden andererseits kann schon im Hinblick auf die zur Frage der Haftung von Arbeitskollegen ergangenen Rechtsprechung nicht aufrecht erhalten werden." Danach dient die Vorschrift dem Betriebsfrieden und bedeutet zugleich eine Anpassung der Reichsversicherungsordnung an das geltende (Richter-)Recht. Auf eine Absicht des Gesetzgebers, die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze einzuschränken, weist nichts hin. Das gilt auch für den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Sozialpolitik¹⁾, an welchen der Entwurf nach der ersten Lesung im Bundestag verwiesen wurde, und die weitere Beratung in zweiter und dritter Lesung²⁾.

Die - zitierte - Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes und des Bundesgerichtshofes zur Haftung der Arbeitnehmer untereinander bei gefahrgeneigter Arbeit behält darum, soweit sie nicht Gesetz geworden ist, ihre bisherige Bedeutung. Sie bleibt maßgebend für die Fälle, in denen ein Arbeitnehmer seinen Arbeitskameraden schädigt, der wohl in demselben Unternehmen, doch einem anderen Betrieb beschäftigt ist.

Begründet wird diese Judikatur - die heute nun zum Teil die §§ 637, 636 RVO n.F. rechtfertigen - mit den Grundsätzen der Betriebsgemeinschaft. Sie forderten, "daß der Arbeitnehmer seinen Arbeitskameraden bei schadensgeneigter Arbeit nicht schärfer zur Haftung heranziehen kann, als dieser seinem Arbeitgeber gegenüber und - bei Inrechnungstellung des Freistellungsanspruches - im praktischen Ergebnis einem außenstehenden Dritten gegenüber haftet". Das bedeutet: Die Grundsätze der Betriebsgemeinschaft vermögen entgegen den allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regeln des Deliktsrechts das Entstehen eines Schadensersatzanspruches des geschädigten

-
- 1) Bundestags-Drucksache IV 938 (neu). Dort heißt es zu § 634, dem § 637 des Gesetzes: "Der eigentliche Zweck der Vorschrift liegt darin, den Betriebsfrieden nicht durch Rechtsstreitigkeiten der Betriebsangehörigen untereinander stören zu lassen."
 - 2) Sie fand in der 62.Sitzung des 4.Deutschen Bundestages am 6.März 1963 statt.

Arbeitnehmers gegen den Schädiger, seinen Arbeitskameraden, zu verhindern. Der Widerhall der Entscheidungen in der Literatur war sehr verschieden: Er reichte von harter Kritik¹⁾ bis zu fast begeisterter Zustimmung²⁾. Überwiegen dürften die kritischen Äußerungen. Abgelehnt wird in aller Regel nicht das Ergebnis, sondern dessen dogmatische Konstruktion und rechtliche Begründung. Dies erklärt die Rechtfertigungsversuche der Literatur.

Nach Haberkorn³⁾ und Frey⁴⁾ hat der schädigende Arbeitnehmer seinem verletzten Arbeitskameraden den rechtswidrig, schuldhaft bei Verrichtung gefahreneigiger Arbeit verursachten Schaden insoweit zu ersetzen, als dies nach den Umständen des Falles und den Verhältnissen der Beteiligten der Billigkeit entspreche: entweder ganz, zum Teil oder gar nicht. Sie gründen dieses Ergebnis - anders als das Bundesarbeitsgericht und der Bundesgerichtshof - auf § 829 BGB, den sie analog anwenden.

Ohr⁵⁾ - dessen Begründung heute nach Inkrafttreten des Neuregelungsgesetzes nur noch die beschränkte Haftung eines Arbeitnehmers erklärt, der bei gefahreneigiger Arbeit einen Arbeitskameraden desselben Unternehmens, aber eines anderen Betriebes verletzt - knüpft an die Ergebnisse, ihre Konstruktion und Begründung mit der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers an, welche die Mehrzahl gutheißt, soweit es um die Haftung gegenüber dem Arbeitgeber oder

1) z.B. Böhmer, MDR 1958 S.401; Elleser, Die Sozialversicherung 1958 S.159 f.; Frey, AuR 1959 S.199 ff.; Gumpert, BB 1958 S.742; Klein, JZ 1958 S.585 ff. und 1959 S.750; Haberkorn, Betriebsverfassung 1958 S.224 f.; Knoll, JZ 1959 S.137 ff. - Vgl. auch die kritischen Ausführungen im Urteil des OLG Karlsruhe vom 26.3.1958, AP Nr.22 zu §§ 898, 899 RVO.

2) z.B. Clauss, NJW 1959 S.1408 f.; Dersch, RdA 1958 S.443f.; Hafferburg, NJW 1959 S.2195; Herschel, JZ 1958 S.257 ff.; Müller, Der Betrieb 1958 S.713 f.; Schmidt, MDR 1958 S.193 ff.; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.40 zu den §§ 617 ff.

3) Betriebsverfassung 1958 S.228.

4) AuR 1959 S.202.

5) BB 1960 S.489 ff.

einem unternehmensfremden Dritten geht: Der Arbeitnehmer hat gegen seinen Arbeitskameraden, der ihn schuldhaft bei gefahrgeneigter Arbeit verletzte, wegen unerlaubter Handlung einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs.1 BGB. Treffen die Voraussetzungen zu, unter denen der Arbeitgeber den Schaden ganz oder zum Teil tragen muß, der ihm oder einem unternehmensfremden Dritten durch einen Arbeitnehmer entstand, der gefahrgeneigte Arbeit verrichtete, so hat - im gleichen Umfang und aus den gleichen Gründen - der Arbeitnehmer wegen des Schadensersatzanspruches seines verletzten Arbeitskameraden einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber. Es gilt also im Grunde nichts anderes als bei der Verletzung eines unternehmensfremden Dritten. Seine Freistellungspflicht erfüllt der Arbeitgeber dadurch, daß er Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung zahlt und so dem verletzten Arbeitnehmer die Ansprüche gegen die Berufsgenossenschaft sichert. Der Träger der Sozialversicherung kann Ersatz der dem Verletzten gewährten Versicherungsleistungen nur insoweit vom Schädiger fordern, wie dieser den Schaden letztlich selbst zu tragen und nicht einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber hat: Wohl geht gemäß § 1542 Abs.1 Satz 1 RVO der Schadensersatzanspruch des Verletzten gegen den Schädiger insoweit auf den Träger der Versicherung über, wie dieser dem Entschädigungsberechtigten Leistungen gewährt. Der gesetzliche Forderungsübergang beschränkt sich also nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht auf den Anteil des Schädigers an der Wiedergutmachung. Doch würde ein darüber hinausgehender Rückgriff des Sozialversicherungsträgers einen Erstattungsanspruch des Schädigers gegen seinen Arbeitgeber begründen. Ein solcher Anspruch aber widerstritte dem Sinn des § 1542 Abs.1 Satz 3 RVO. Diese Vorschrift schützt den Arbeitgeber vor dem unmittelbaren - mit der cessio legis des § 1542 Abs.1 Satz 1 RVO zu begründenden - Rückgriff seiner Berufsgenossenschaft. Sie muß ihn auch - entsprechend angewandt - schützen vor dem mittelbaren Rückgriff, den sein Arbeitnehmer mit Hilfe des Erstattungsanspruches nimmt. Der Arbeitgeber müßte sonst die Leistungen an den verletzten Arbeitnehmer, die er - zusammen

mit den übrigen Arbeitgebern seiner Berufsgenossenschaft - durch Beiträge finanziert hat, ein zweites Mal erbringen. - In ihrem wirtschaftlichen Effekt unterscheidet sich Ohr's Lösung nicht von der des Bundesarbeitsgerichtes: Geschädigter, Schädiger, Arbeitgeber und Sozialversicherungsträger stehen sich so, wie sie auch das Bundesarbeitsgericht stellt. Insbesondere wird dem geschädigten Arbeitnehmer, wenn der Schädiger - sein Arbeitskamerad - nur einen Teil des Schadens wiedergutzumachen hat und - was wohl die Regel sein wird - dieser Beitrag die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung nicht übersteigt, nicht ersetzt, was die Sozialversicherung nicht deckt. Dazu rechnet vor allem der immaterielle Schaden, denn ein Schmerzensgeld zahlt die Berufsgenossenschaft nicht. Der geschädigte Arbeitnehmer kann den Ersatz dieses von der Sozialversicherung nicht gedeckten Schadens nicht von seinem Arbeitskameraden und damit mittelbar - weil der Schädiger wiederum Erstattung verlangen könnte - vom Arbeitgeber fordern: Die Schadensersatzansprüche des Verletzten werden durch die ihm gewährten Ansprüche gegen den Sozialversicherungsträger, obwohl diese den Schaden nicht ganz decken, voll abgegolten. Der Grund dafür ist die Notwendigkeit, den Betriebsfrieden zu wahren, der Gedanke, der auch die §§ 637, 636 RVO n.F. erklärt. Sie bestimmen, daß der Arbeitgeber und die ihm Gleichgestellten den durch die Versicherungsleistungen nicht gedeckten Schaden dem verletzten Arbeitnehmer selbst dann nicht zu ersetzen brauchen, wenn sie den Arbeitsunfall grobfahrlässig verursacht haben¹⁾.

1) Knoll (JZ 1959 S.139) begründete schließlich das vom Bundesarbeitsgericht gefundene Ergebnis mit einer erweiternden Auslegung des § 899 RVO alter Fassung: Obwohl die Vorschrift nur von Bevollmächtigten und Repräsentanten des Unternehmers, Betriebs- und Arbeiteraufsehern sprach, sollte auch der einfache Arbeitnehmer, der gefahrenge-neigte Arbeit verrichtet, im gleichen Umfang von Schadensersatzpflichten befreit sein. Eine Erstreckung des entsprechenden § 637 RVO neuer Fassung auf den Ersatzanspruch eines Arbeitnehmers gegen den in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens beschäftigten Arbeitskameraden widerstritte heute klar dem Willen des Gesetzgebers, der die Wortfassung der Vorschrift in Kenntnis der Rechtsprechung wählte.

Die Entscheidung für eine der dargestellten Konstruktionen und Begründungen kann wohl nur nach Erkenntnis der größeren Zusammenhänge richtig getroffen werden¹⁾.

d) Innerbetrieblicher Schadensausgleich

Der Arbeitnehmer kann bei gefahrengeneigter Arbeit dem Arbeitgeber, einem unternehmensfremden Dritten oder seinem Arbeitskameraden schuldhaft Schaden zufügen. Nicht immer soll in diesen Fällen, wie gezeigt wurde, der Arbeitnehmer den ganzen Schaden allein ersetzen müssen. Er ist - wenn nicht der Tatbestand der §§ 637, 636 RVO neuer Fassung erfüllt ist - unter bestimmten Voraussetzungen in jedesmal verschiedenem Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gemeinsam oder auch vom Arbeitgeber allein zu tragen. Es sind das drei - je nach dem Geschädigten verschiedene - Aspekte eines immer gleichen, von der Gerechtigkeit geforderten Ergebnisses. In den ersten beiden Fällen wird deshalb - ihre Zusammengehörigkeit richtig erkennend - von "innerbetrieblichem Schadensausgleich" - gesprochen²⁾. Doch rechnet auch der dritte Aspekt dazu. Nur ist dessen arbeitsrechtliche Problematik durch die Regeln des Rechtes der gesetzlichen Unfallversicherung zum Teil gelöst, zum Teil verborgen. Im "innerbetrieblichen Schadensausgleich" darf nun aber nicht nur die Zusammenfassung dreier verschieden konstruierter und verschieden begründeter Haftungsbeschränkungen des Arbeitnehmers, sondern muß darüber hinaus ein einheitliches Rechtsinstitut gesehen werden. Zu dieser Auffassung berechtigen die immer gleichen Voraussetzungen - gefahrengeneigte Arbeit, Fahrlässigkeit, die jedoch keine grobe Fahrlässigkeit bzw. schwere Schuld sein darf - und die immer gleichen Rechtsfolgen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs - letztlich Nichthaftung des Arbeitnehmers oder, abweichend von dem Grundsatz der Ganz- oder -gar-nicht-Haftung, Teilhaftung. Wer aber in den oben nacheinander behandelten Sachverhalten nur drei

1) Vgl. den folgenden Abschnitt d.

2) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.233 ff.

verschiedene Anwendungsfälle des gleichen arbeitsrechtlichen Instituts des innerbetrieblichen Schadensausgleichs erkennt, darf weiter folgern: Für das einheitliche Institut kann es nur eine einheitliche Konstruktion mit einer einheitlichen Begründung geben. Das bedeutet wiederum: Die Konstruktionen und Begründungen, die - der herrschenden Lehre gemäß - für jeden Anwendungsfall des innerbetrieblichen Schadensausgleichs einzeln und für sich dargestellt wurden, müssen kritisch hinblickend auf a l l e möglichen Fälle des innerbetrieblichen Schadensausgleiches betrachtet werden. Dann aber sind solche Konstruktionen und Begründungen auszuschneiden, die wohl e i n e n A s p e k t, nicht aber das Rechtsinstitut a l s G a n z e s erklären.

Eine besondere arbeitsverhältnisrechtliche Interpretation des Fahrlässigkeitsbegriffes kann den innerbetrieblichen Schadensausgleich nicht erklären, weil gewiß ist, daß der Arbeitnehmer weder mit dem unternehmensfremden Dritten noch mit seinem Arbeitskameraden in einem Arbeitsverhältnis steht, und deshalb jedenfalls diesen gegenüber der allgemeine bürgerlichrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff gelten muß. Die Versuche, den innerbetrieblichen Schadensausgleich mit einem besonderen Fahrlässigkeitsbegriff zu begründen, beschränken sich darum auch auf den Fall, daß der Arbeitnehmer bei gefahrensgeneigter Arbeit s e i n e n A r b e i t g e b e r schädigt¹⁾. Sie erklären allenfalls einen Aspekt des Institutes, nicht aber, worauf es ankommt, den innerbetrieblichen Schadensausgleich als Ganzes.

In der Literatur wird gegen einen arbeitsrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriff mit Recht eingewandt, er zerstöre die Einheit der Privatrechtsordnung²⁾.

Schließlich müßte der Arbeitnehmer, gälte für ihn ein besonderer Fahrlässigkeitsmaßstab, den Schaden entweder ganz oder

1) Vgl. oben unter a.

2) Dersch, RdA 1958 S.442 f.; Gaul, DB 1962 S.168; Haberkorn, BetrVerf. 1958 S.225; Hueck-Nipperdey, I S.233; Nikisch, S.305 Anm.70.

aber gar nicht ersetzen. Eine Verteilung des Schadens auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber ließe sich so jedoch nicht rechtfertigen.

Schon das zeigt, daß der innerbetriebliche Schadensausgleich, wie er heute durchgeführt wird, nicht eine Besonderheit des § 276 BGB, nicht ein Problem des Vertretenmüssens ist. Er setzt ganz im Gegenteil voraus, daß der Arbeitnehmer fahrlässig im allgemeinen bürgerlichrechtlichen Sinne gehandelt hat¹⁾: Denn erst dann, wenn gewiß ist, daß der Arbeitnehmer bei gefahrengeneigter Arbeit s c h u l d - h a f t Schaden verursacht hat - sei es durch Schlechterfüllung der Arbeitspflicht, sei es durch unerlaubte Handlung - und ihn deshalb eine Schadensersatzpflicht trifft, wird unter bestimmten Voraussetzungen der Schaden auf den - nach allgemeinen Regeln allein ersatzpflichtigen - Arbeitnehmer und seinen Arbeitgeber verteilt.

Das aber zielt auf § 249 Satz 1 BGB. Nach dieser Vorschrift hat der Schadensersatzpflichtige den g a n z e n Schaden a l l e i n zu ersetzen. Der innerbetriebliche Schadensausgleich schränkt letztlich den Inhalt der Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers ein und ist deshalb ein Problem des Schadensersatzrechtes²⁾, nicht des Verschuldens.

Das Rechtsinstitut des innerbetrieblichen Schadensausgleichs kann nicht mit einem stillschweigend vereinbarten Haftungsausschluß erklärt werden³⁾, weil dieser in Wahrheit keine Begründung, sondern eine Fiktion ist⁴⁾.

Auch ist es gewöhnlich nicht der Wille der Arbeitsvertragsparteien, die Verantwortung des Arbeitnehmers für die Be-

1) Vgl. Herschel, JZ 1958 S.258; Hueck, AP, Anm. zu Nr.1 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Das ist wohl auch die - meist unausgesprochene - Auffassung der Gerichte und der Mehrzahl der Autoren.

2) Vgl. Herschel, JZ 1958 S.258; Hueck, AP, Anm. zu Nr.1 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

3) Vgl. oben unter a.

4) Vgl. z.B. Below, S.654; Frey, BB 1960 S.412; Gaul, DB 1958 S.1012; Hueck- Nipperdey, I S.233.

triebsmittel, die Erzeugnisse, den Arbeitsablauf und die Sicherheit anderer - und damit zugleich seine Haftung - in einem durch die Lohnhöhe bestimmten Maße zu beschränken¹⁾.

Der aus den §§ 708, 1359 und 1664 BGB hergeleitete Rechtsgedanke, daß Glieder einer Gemeinschaft einander nur beschränkt haften²⁾, erklärt - will man ihn überhaupt gelten lassen³⁾ - nicht, warum der Arbeitgeber auch den Schaden letztlich tragen soll, den der Arbeitnehmer seinem Arbeitskameraden oder einem unternehmensfremden Dritten zugefügt.

Auch der Grundgedanke des § 254 BGB⁴⁾, daß der Schadensersatzpflichtige und der Beschädigte den Schaden gemeinsam gemäß ihrem Schuldanteil an dem schadensstiftenden Ereignis tragen sollen, begründet den innerbetrieblichen Schadensausgleich nicht: Einmal hat nach den Regeln des innerbetrieblichen Schadensausgleichs nur der Arbeitgeber, nicht aber der geschädigte Arbeitskamerad oder unternehmensfremde Dritte den Schaden mitzutragen. Zum anderen trifft den Arbeitgeber, zu dessen Lasten der innerbetriebliche Schadensausgleich geht, in aller Regel gerade kein Mitverschulden. Streicht man aber im Tatbestand des § 254 BGB das Verschulden des Beschädigten, so bleibt gewiß nicht der Grundgedanke dieser Vorschrift übrig⁵⁾.

Die Begründung des innerbetrieblichen Schadensausgleichs mit dem Gedanken, daß der Eigentümer die dem Eigentum immanenten Risiken selbst tragen müsse und nicht auf seine

1) Nikisch, S.305 Anm.69.

2) Vgl. oben unter a.

3) Vgl. Böhmer, NJW 1959 S.1713 f.

4) Vgl. oben unter a.

5) Vgl. die ablehnende Kritik von Below, S.656; Gaul, DB 1958 S.1012; Herschel, JZ 1958 S.258; Hueck-Nipperdey, I S.233 Anm.40; Nikisch, S.305 Anm.69; Scheuerle, RdA 1958 S.248; Schnorr v. Carolsfeld, S.305 Anm.1.

Arbeitnehmer abwälzen dürfe¹⁾, befriedigt nicht. Der Gedanke ist wohl richtig, doch fehlt ihm noch die rechte Verknüpfung mit dem Arbeitsverhältnis.

Das sozialrechtliche Schutzprinzip²⁾ könnte den innerbetrieblichen Schadensausgleich in der Not erklären³⁾. Doch sollte der Grundgedanke einer Rechtsdisziplin, der als solcher notwendig - auch wenn er Normcharakter hat - sehr allgemein formuliert ist, zur Rechtfertigung eines Institutes nur dann verwandt werden, wenn dieses faßlichere Konkretisierungen des Grundprinzips nicht zu begründen vermögen. Der konkretere Rechtsgrund ist nicht nur der überzeugendere. Er wird auch weit eher Fragen beantworten helfen, die sich bei der Anwendung des Institutes stellen.

Die Betriebsgemeinschaft der Arbeitnehmer⁴⁾ erklärt gewiß nicht das Rechtsinstitut des innerbetrieblichen Schadensausgleichs als *G a n z e s*. Das Bundesarbeitsgericht und der Bundesgerichtshof haben mit ihr allein eine beschränkte Haftung des Arbeitnehmers seinem Arbeitskameraden gegenüber rechtfertigen wollen. Die Begründung erklärt nicht die übrigen Aspekte des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, denen sie auch gar nicht galt.

Auch der Rechtsgedanke des § 829 BGB⁵⁾ sollte allein die beschränkte Haftung des Arbeitnehmers seinem Arbeitskameraden gegenüber begründen. Mehr vermag er schon deshalb nicht, weil der innerbetriebliche Schadensausgleich nicht in jedem Falle - so gewiß nicht bei Schädigung eines unternehmensfremden Dritten - eine Schadensverteilung zwischen Schädiger und Geschädigtem ist, die doch wohl allein mit § 829 BGB begründet werden könnte..

1) Vgl. oben unter a, S.58.

2) Vgl. dazu die oben auf S.14 in Anm.1 genannte Literatur.

3) Vgl. unter a, S.58.

4) Vgl. unter c, S.64 f.

5) Vgl. oben unter c, S.65.

Alle Aspekte des innerbetrieblichen Schadensausgleichs erklärt allein die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Mit ihr begründet die herrschende Lehre zu Recht die Verteilung eines Schadens, den der Arbeitnehmer bei gefahreneigter Arbeit nicht grobfahrlässig seinem Arbeitgeber zugefügt hat¹⁾. Auch wird der Ausgleich des Schadens zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, der einen unternehmensfremden Dritten trifft, mit der Treue- und Fürsorgepflicht gerechtfertigt²⁾. Der innerbetriebliche Schadensausgleich hat aber auch dann keinen anderen Grund, wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitskameraden verletzt. Denn die Rechtslage unterscheidet sich nur dadurch von der bei Schädigung eines unternehmensfremden Dritten, daß außer den Normen des bürgerlichen Rechts und des Arbeitsrechts noch Vorschriften des Rechtes der Sozialversicherung gelten³⁾. Diese Normen begründen nun keine ganz und gar verschiedene Konstruktion des innerbetrieblichen Schadensausgleichs. Der schädigende Arbeitnehmer hat deshalb auch dann wegen des Schadensersatzanspruches des Verletzten gemäß § 823 BGB einen Freistellungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber, wenn der Geschädigte nicht ein außenstehender Dritter, sondern ein - in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens beschäftigter - Arbeitskamerad ist^{4) 5)}. Gewiß ist es - der verschiedenen

1) Vgl. oben unter a, S.58.

2) Vgl. oben unter b, S.59.

3) Die Betriebsgemeinschaft der Arbeitnehmer bedeutet keinen zu Buche schlagenden Unterschied. Das Bundesarbeitsgericht (Beschluß des Großen Senats vom 25.9.1957, AP Nr.4 zu den §§ 898, 899 RVO) und der Bundesgerichtshof (Urteile vom 1.4.1958 und 12.5.1959, AP Nr.19 und 25 zu §§ 898, 899 RVO) verkennen die Betriebswirklichkeit. Sie überschätzen die Intensität der Betriebsgemeinschaft objektiv, als Korporation, wie auch subjektiv, als im Bewußtsein der Arbeitnehmer gegenwärtige "innere Tatsache", und folgern Rechtswirkungen, die außer Verhältnis zum tatsächlichen Befund stehen. Gewiß keine Bedeutung aber hat die Betriebsgemeinschaft der Arbeitnehmer für den - heute nach Inkrafttreten der §§ 637, 636 RVO n.F. vor allem interessierenden - Fall, daß der Arbeitnehmer einen Arbeitskameraden desselben Unternehmens, doch eines anderen Betriebes verletzt.

4) Ohr, BB 1960 S.489 ff.; vgl. oben unter c, S.65 ff.

5) Trifft der Schaden einen Arbeitnehmer, der im gleichen Betriebe arbeitet, so gelten für den Schädiger die ...

Rechtsgebiete wegen, die hier aneinander grenzen¹⁾ - nicht leicht, die Konstruktion zu Ende zu führen. Der von Ohr gefundene Weg scheint jedoch unter den gegebenen Umständen der richtige zu sein²⁾. Geschieht aber der innerbetriebliche Schadensausgleich auch dann mit Hilfe eines Freistellungsanspruches des schädigenden Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber, wenn der Schaden einen Arbeitskameraden traf, so ist er - wie in den anderen Fällen - mit dem Treue- und Fürsorgegedanken zu begründen. Die allgemeine Treuepflicht des Arbeitsverhältnisses verbietet dem Arbeitgeber, unter den besonderen von Rechtsprechung und Wissenschaft für den innerbetrieblichen Schadensausgleich erarbeiteten Voraussetzungen und in dem von ihnen bestimmten Umfang einen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitnehmer geltend zu machen, bzw. sie konkretisiert sich zu der Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer unter den gleichen Voraussetzungen und im gleichen Maße von Schadensersatzansprüchen anderer freizustellen. Denn es vertrüge sich nicht mit der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, bürdete er seinem Arbeitnehmer den Ersatz von Schäden auf, die aus den besonderen Gefahren der zugewiesenen Arbeit folgen und zum typischen Unternehmerrisiko zählen.

Der innerbetriebliche Schadensausgleich ist danach ein arbeitsverhältnisrechtliches Institut, das § 249 Satz 1 BGB in seinem wirtschaftlichen Effekt zugunsten des Arbeitnehmers, zu Lasten des Arbeitgebers modifiziert und auf der Treue- und Fürsorgepflicht, letztlich also auf dem bürgerlichrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), gründet.

.. §§ 637, 636 RVO n.F., die heute einen innerbetrieblichen Ausgleich des bei gefahrengeheuerter Arbeit verschuldeten Schadens entbehren machen.

1) Gemeint sind das bürgerliche Recht, das Arbeitsrecht und das Recht der Sozialversicherung.

2) Ohr, BB 1960 S.489 ff.; vgl. oben unter c, S.65 ff.

II. Treuepflicht

1. Inhalt und Funktion

Nächst der Arbeitspflicht ist die Treuepflicht die wichtigste arbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitnehmers. Daß der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber eine Treuepflicht hat, wird heute ohne Ausnahme anerkannt¹⁾. Einigkeit besteht auch darüber, daß die Treuepflicht des Arbeitnehmers eine Grundpflicht ist, deren Inhalt nur angedeutet, nicht aber erschöpfend beschrieben werden kann. So wird sie definiert als die Pflicht des Arbeitnehmers, sich nach besten Kräften für die Interessen des Arbeitgebers und das Gedeihen des Betriebes einzusetzen und alles zu unterlassen, was dem Arbeitgeber oder dem Betrieb abträglich sein könnte²⁾. Der konkrete Inhalt der Treuepflicht ist nur unter Berücksichtigung der besonderen Umstände eines jeden Falles - so etwa der Art des Arbeitsverhältnisses und der Stellung des Arbeitnehmers im Betriebe - zu bestimmen. Sie kann - z.B. - dem Arbeitnehmer gebieten, drohende Schäden anzuzeigen oder Diebstähle zu melden, ihm verbieten, den Kredit des Unternehmens schädigende Nachrichten zu verbreiten³⁾. Doch ist die allgemeine Treuepflicht nicht nur ein Boden, aus dem konkrete Einzelpflichten des Arbeitnehmers erwachsen können. Sie bestimmt zugleich die Art und Weise, in der die übrigen arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen sind, und hat damit die Funktion, die bei den reinen Schuldverhältnissen gemäß § 242 BGB Treu und Glauben zukommt⁴⁾.

1) Vgl. z.B. Bobrowski-Gaul, S.238; Hueck-Nipperdey, I S.241; Nikisch, S.446; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm. 161; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 238.

2) Nikisch, S.446; Raaflaub, S.15; ähnlich z.B. Denecke, BGB-RGRK, vor § 611 Anm.10; Hueck-Nipperdey, I S.242; Kaskel-Dersch, S.148; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.70; BGH, Urt. v. 17.12.1953, AP Nr.1 zu § 611 BGB Treuepflicht.

3) Positiv-rechtlich konkretisiert hat der Gesetzgeber die allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers z.B. in § 17 (Pflicht zur Verschwiegenheit) und § 12 (Schmiergeldverbot) UWG und in den §§ 60 und 76 HGB (Pflicht zur Unterlassung von Wettbewerb).

4) Hueck-Nipperdey, I S.241 f. und 390; Kaskel-Dersch, S.147f; Nikisch, S.446. Diese Auffassung lehnen ab: Bobrowski-

2. Begründung

a) § 242 BGB

Das Dienstvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches nennt die Treuepflicht des Arbeitnehmers nicht. Doch liegt es nahe, sie auf die allgemein schuldrechtliche Vorschrift des § 242 BGB zu gründen, die den Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Daß diese Norm, welche die Art und Weise der schuldnerischen Leistung bestimmt, der positivrechtliche Grund der wichtigen und umfassenden Treuepflicht ist, erscheint aber bei genauerem Hinsehen gar nicht mehr so selbstverständlich und bedarf darum einer ausführlicheren Erklärung.

Es ist heute allgemeine Ansicht, daß Treu und Glauben nicht allein für die Leistungspflicht des Schuldners gelten. Der Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht darüber hinaus das ganze Schuldverhältnis¹⁾, ja jede konkrete Rechtsbeziehung zwischen bestimmten Personen²⁾. Die Pflicht, nach Treu und Glauben zu handeln, ist ein unserer Rechtsordnung immanenter Grundsatz³⁾, der in § 242 BGB für die Leistungspflicht des Schuldners seinen positivrechtlichen Ausdruck gefunden hat. Das bedeutet, daß der Grundsatz von Treu und Glauben auch das arbeitsrechtliche Arbeitsverhältnis beherrscht.

Nun sind die Anforderungen an ein Treu und Glauben entsprechendes Verhalten dann am höchsten, wenn das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten persönliche Beziehungen schafft, wenn von einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis gesprochen werden kann. Denn solche Rechtsverhältnisse, die den Menschen als soziales Wesen erfassen, fordern eine ethisch begründete Gemeinschaftsdisziplin⁴⁾, fordern Unter-

.. Gaul, S.237 Randz.2; Meissinger, AR-Blattei, Treuepflicht im Arbeitsrecht I, A I. - Vgl. dazu auch oben unter I 1 c.

1) z.B. Hueck, Treuegedanke, S.10; Soergel-Siebert, § 242 Anm.38; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 19.

2) Esser, § 31, 4; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 27; vor allem aber Hueck, Treuegedanke, S.11.

3) Vgl. z.B. Esser, § 31,1; Staudinger-Weber, § 242 Anm.A 16.

4) Raaflaub, S.15.

ordnung unter eine gemeinsame Aufgabe, das heißt: Bereitschaft zur Mitarbeit und Opfer im Dienste des gemeinschaftlichen Zieles¹⁾. Das Wesen des Gemeinschaftsverhältnisses steigert die Anforderungen, die an ein Handeln nach Treu und Glauben zu stellen sind, und die rechtliche Bedeutung dieses Grundsatzes derart, daß es gerechtfertigt ist, von Treuepflichten der Beteiligten zu reden²⁾.

Die Treuepflicht des Arbeitsverhältnisses, das als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis gekennzeichnet wurde, ist darum nichts anderes als die aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses sich erklärende Verdichtung des bürgerlichrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben³⁾.

Gegen diese Auffassung ist Gaul⁴⁾: Der Grundsatz von Treu und Glauben gründe - gleich den vermögensrechtlichen Pflichten - auf dem schuldrechtlichen Element des Arbeitsvertrages, während die Treuepflicht im personenrechtlichen Element wurzele. Die Treuepflicht sei deshalb nicht nur eine besondere Form des Grundsatzes von Treu und Glauben. Ihr komme eine eigene, selbständige Bedeutung zu⁵⁾. Gaul sieht jedoch allzu sehr auf die einzelnen Bausteine des Arbeitsverhältnisses und verkennt, daß an ein einheitliches Rechtsverhält-

1) Soergel-Siebert, § 242 Anm.5; vgl. auch Stecher, RdA 1961 S.261 unter I 1c, cc.

2) Vgl. Raaflaub, S.14 f.; Stecher, RdA 1961 S.261 f. unter I 1 c, cc; auch Hueck, Treuegedanke, S.18.

3) Hueck, Treuegedanke, S.18; Hueck-Nipperdey, I S.391; Larenz, AP, Anm. zu Nr.4 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht, unter Ziff.1; Nikisch, S.497; Raaflaub S.13 ff., insbesondere S.14. Vgl. auch Kunkel, BarBl. 1953 S.70; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 130; Stecher, RdA 1961 S.262 unter I 2c; LAG Berlin, Urt. v. 25.10.1955, AP Nr.4 zu § 611 BGB Treuepflicht; vgl. ferner Soergel-Siebert, § 242 Anm.5; Staudinger-Kessler, Vorbem.35 a vor § 705.

4) Bobrowski-Gaul, S.237 Randziffer 2.

5) Dies heißt zugleich, daß auch der Grundsatz von Treu und Glauben seine eigene selbständige Bedeutung behalte und nicht in der Treuepflicht aufgehe (so schon Meissinger, AR-Blattei, Treuepflicht im Arbeitsrecht I, A I; vgl. auch Soergel-Siebert, § 242 Anm.46; anders aber mit Recht Hueck-Nipperdey, I S.241 f. und 390; Kaskel-Dersch, S.147 f.; Sitzler, AR-Blattei, Arbeitsrecht: Übersicht VII C, C I 2; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.2 zu den §§ 617 ff.

nis auch nur e i n 'sittlicher Maßstab angelegt werden kann, den für das Arbeitsverhältnis nicht der Grundsatz von Treu und Glauben, sondern die höherrangige - Treu und Glauben einschließende - Treuepflicht bildet.

b) Andere Begründungsversuche

Die Rechtfertigung der Treuepflicht des Arbeitnehmers nur mit dem personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses¹⁾ gründet letztlich auf der "sezierenden" Betrachtungsweise Gauls, die nicht richtig ist, weil sie zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben und der Treuepflicht einen scheinbar wesensmäßigen, nicht einen bloß graduellen Unterschied erkennen läßt.

Schnorr v. Carolsfeld²⁾ begründet die Treuepflicht des Arbeitnehmers damit, daß die Erhaltung des Betriebes zugleich die Erhaltung der Arbeitsstätte bedeutet, die Ziele der Arbeitsvertragsparteien deshalb - wenigstens zum Teil - die gleichen seien. Daß dieses Faktum - ohne weiteres - die Treuepflicht begründet, ist aber nicht recht einzusehen.

III. Gehorsamspflicht

Die Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers, der das Direktionsrecht des Arbeitgebers entspricht, hat ihren Grund im Wesen des Arbeitsvertrages, darin, daß dieser den Arbeitnehmer zur Leistung a b h ä n g i g e r Arbeit, zur Leistung von Arbeit i m D i e n s t d e s A r b e i t g e b e r s verpflichtet³⁾. Eine gesetzliche Rechtsbeziehung bürgerlich-rechtlicher Art ist deshalb diese Pflicht, die allein für die Verrichtung der Arbeit und das Verhalten des Arbeit-

1) Vgl. z.B. Bobrowski, S.52; Bobrowski-Gaul, S.237 Randziffer 2; Kaskel-Dersch, S.147; Meissinger, AR-Blattei, Treuepflicht im Arbeitsrecht I, A I; Nikisch, S.446; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.160.

2) S.161.

3) So Oehmann, AR-Blattei, Direktionsrecht und Gehorsamspflicht I, A, und Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.153; vgl. auch Galperin, DB 1952 S.186; Molitor, RdA 1959 S.5; Nikisch, S.283.

nehmers im Betrieb Bedeutung hat, nur insoweit, als sie - nämlich hinsichtlich der Leistung der Arbeit - in der aus § 611 BGB folgenden Arbeitspflicht des Arbeitnehmers auf- geht¹⁾).

3. Kapitel: Die arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitgebers

I. Lohnzahlungspflicht

Der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers entspricht als arbeitsvertragliche Hauptpflicht des Arbeitgebers die Lohnzahlungspflicht²⁾. Denn das Arbeitsverhältnis ist, trotz seines personalen Charakters, auf den wirtschaftlichen Austausch von Arbeit gegen Entgelt aufgebaut³⁾. § 611 BGB, der die Dienstleistungspflicht der Vergütungspflicht gegenüberstellt, spricht zwar nur vom Dienstvertrag, gilt aber - gleich allen anderen Vorschriften dieses Titels über die Vergütung - auch für den arbeitsrechtlichen Arbeitsvertrag.

1. § 612 Abs.1 BGB

Ist die Arbeitsleistung den Umständen nach nur gegen einen Lohn zu erwarten, so gilt er als stillschweigend vereinbart (§ 612 Abs.1 BGB) ⁴⁾.

2. Inhalt der Lohnzahlungspflicht

a) Höhe des Lohnes

Die Höhe des Lohnes wird in aller Regel entweder durch einen Tarifvertrag oder den Arbeitsvertrag - selten durch

1) Dazu, daß die Gehorsamspflicht zum Teil in der Arbeitspflicht aufgeht, vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.238; Nikisch, S.283; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.69.

2) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.262.

3) z.B. BAG, Urt. v. 8.10.1959, AP Nr.14 zu § 56 BetrVG, mit zustimmender Anmerkung von Hueck.

4) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.263; BAG, Urt. v. 15.3.1960, AP Nr.13 zu § 612 BGB.

Betriebsvereinbarung - bestimmt. Trifft das einmal nicht zu, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen (§ 612 Abs.2 BGB)¹⁾. Sollte die Höhe des Lohnes auch auf diese Weise nicht festgestellt werden können, so bestimmt sie im Zweifel der Arbeitnehmer (§§ 315, 316 BGB)²⁾.

b) Zeit der Lohnzahlung

Die Zeit der Lohnzahlung wird gewöhnlich durch einen Kollektivvertrag - meist eine Betriebsvereinbarung - oder aber den Arbeitsvertrag bestimmt. Wurde nichts vereinbart, so ist der Lohn nach der Leistung der Arbeit - bzw. nach Ablauf der einzelnen der Lohnbemessung zugrundegelegten Zeitabschnitte - zu entrichten (§ 614 BGB)³⁾.

c) Zahlungsort

Für den Zahlungsort gilt § 269 BGB. Ist er nicht ausdrücklich - z.B. durch Betriebsvereinbarung - bestimmt, so wird er sich meist aus den Umständen ergeben. In der Regel wird der Zahlungsort die Arbeitsstätte sein⁴⁾.

d) Rückzahlung zuviel erhaltenen Lohnes

Erhält der Arbeitnehmer - z.B. infolge eines Irrtums der Lohnbuchhaltung - einen zu hohen Lohn, so ist er nach den Regeln des Bereicherungsrechts zur Rückzahlung verpflichtet⁵⁾. Die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, die letzten Endes auf dem allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken beruhen, daß regelmäßig niemand behalten soll, was er ohne

-
- 1) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.265 f.; Nikisch, S.338; BAG, Urt. v. 15.3.1960, AP Nr.13 zu § 612 BGB. Die übliche Vergütung wird im allgemeinen aber wiederum der Tariflohn sein; so z.B. Hueck-Nipperdey, I S.265; vgl. aber auch Nikisch, S.338 f.
- 2) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.265 f.; Nikisch, S.338; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.29.
- 3) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.285 f.; Nikisch, S.361.
- 4) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.287 f.; Nikisch, S.364.
- 5) Hueck-Nipperdey, I S.288 f.; Nikisch, S.364 f.

rechtlichen Grund erhalten hat, gelten auch für arbeitsrechtliche Verhältnisse¹⁾.

e) Verjährung des Lohnanspruches

Der Lohnanspruch des Arbeitnehmers verjährt gemäß § 196 Abs.1 Nr.8 und 9 BGB in zwei Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (§ 201 BGB i.V.m. § 198 BGB)²⁾. Auch im übrigen sind die bürgerlichrechtlichen Verjährungsvorschriften auf den Lohnanspruch des Arbeitnehmers anzuwenden. Nur eingeschränkt gilt allerdings § 225 S.2 BGB, der bestimmt: Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig. Die Einschränkung gründet auf einer Analogie zu § 4 Abs.4 Satz 3 TVG. Nach dieser Vorschrift können Ausschußfristen für die Geltendmachung tariflicher Rechte nur im Tarifvertrag vereinbart werden. Weil der praktische Effekt einer Ausschußfrist auch durch Abkürzung der Verjährungsfrist erreicht und damit der Schutz, den die Norm geben will, umgangen werden könnte, darf eine Abkürzung der zweijährigen Verjährungsfrist, wenn sie für einen t a r i f - l i c h e n Lohnanspruch gelten soll, analog § 4 Abs.4 Satz 3 TVG nur in einem Tarifvertrag vereinbart werden³⁾.

f) Quittung

Der Arbeitnehmer hat gegen Empfang des Lohnes auf Verlangen des Arbeitgebers eine Quittung zu erteilen (§ 368 BGB).

3. Lohnzahlungspflicht und Nichtleistung der Arbeit

a) Grundsatz

Das Arbeitsverhältnis ist - trotz seines personalen Charakters - auf dem wirtschaftlichen Austausch von Arbeit gegen

1) So BAG, Urt. v. 19.3.1959, AP Nr.8 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

2) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.290 f.; Nikisch, S.366 f.

3) Das ist heute wohl einhellige Meinung; vgl. Hueck-Nipperdey, I S.290 Anm.126; Hueck-Nipperdey-Tophoven, § 4 Anm. 60; Nikisch, S.370; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.261.

Lohn aufgebaut¹⁾. Daraus folgt der Grundsatz, daß allein die geleistete Arbeit zu vergüten ist²⁾, daß - mit anderen Worten - der Arbeitgeber zur Zahlung eines Lohnes für die Zeit nicht verpflichtet ist, während welcher der Arbeitnehmer nicht arbeitet³⁾.

b) Anwendungsfälle

aa) § 323 BGB

Dieser Regel gemäß hat - grundsätzlich - der Arbeitnehmer für die Zeit, während der ihm infolge eines Umstandes, den weder er noch der Arbeitgeber zu vertreten hat, die Arbeitsleistung unmöglich war, keinen Lohnanspruch (§ 323 Abs.1 BGB)⁴⁾.

bb) § 325 BGB

Einen Lohnanspruch hat der Arbeitnehmer auch dann nicht, wenn er selbst die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zu vertreten hat (§ 325 BGB)⁴⁾.

c) Ausnahmen

Von diesem Grundsatz gibt es - unter anderen⁵⁾ - Ausnahmen, die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt sind oder von Rechtsprechung und Lehre - entgegen dem Wortlaut bürgerlich-rechtlicher Normen - entwickelt wurden.

- 1) BAG, Urt. v. 8.10.1959, AP Nr.14 zu § 56 BetrVG, mit zustimmender Anmerkung von Hueck; Beschl. des Großen Senats vom 17.12.1959, AP Nr.21 zu § 616 BGB, Bl.6.
- 2) BAG, Urt. v. 8.10.1959, AP Nr.14 zu § 56 BetrVG, mit zustimmender Anmerkung von Hueck. Dagegen: Nikisch, S.325f.
- 3) Hueck-Nipperdey, I S.324 ff.; vgl. auch Wlotzke, BarbBl. 1961 S.336 unter IV.
- 4) Hueck-Nipperdey, I S.328 f. - Zur Anwendbarkeit der §§ 323-326 BGB vgl. oben S.48 ff.
- 5) Urlaubs-, Hausarbeitstags- und Wochenfeiertagsvergütung, auch der Zuschuß des Arbeitgebers zu den Leistungen aus der gesetzlichen Kranken- oder Unfallversicherung nach dem Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeiter im Krankheitsfalle, interessieren nicht, weil hier nur die b ü r g e r l i c h r e c h t l i c h e n Beziehungen zwischen Lohnzahlungspflicht und Arbeitsleistung zu betrachten sind.

aa) § 324 BGB

Hat der Arbeitgeber die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zu vertreten, so behält der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (§ 324 Abs.1 BGB) ¹⁾.

bb) § 615 BGB

Gemäß § 615 Satz 1 BGB bleibt der Arbeitgeber zur Zahlung des vereinbarten Lohnes verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer deshalb keine Arbeit leistet, weil der Arbeitgeber im Verzuge der Annahme ist²⁾; der Arbeitnehmer braucht die Arbeit nicht nachzuholen. Er muß sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (§ 615 Satz 2 BGB)³⁾

cc) § 616 BGB

Der Arbeitgeber bleibt zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert wird (§ 616 Abs.1 Satz 1 BGB). Der Arbeitnehmer muß sich jedoch anrechnen lassen, was ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer aufgrund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt (§ 616 Abs.1 Satz 2 BGB).

-
- 1) § 324 Abs.1 BGB ist grundsätzlich auch auf Arbeitsverträge anzuwenden: Hueck-Nipperdey, I S.220; BAG, Urt. v. 24.11.1960, AP Nr.18 zu § 615 BGB, mit zustimmender Anmerkung von Hueck.
 - 2) Die Voraussetzungen für den Annahmeverzug des Arbeitgebers bestimmen die allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften der §§ 293 ff. BGB. Vgl. z.B. Bulla, S.658 Anm. 193; Hueck-Nipperdey, I S.218 f.; BAG, Urt. v. 24.11.1960, AP Nr.18 zu § 615 BGB; v.18.1.1963, NJW 1963 S.1123f. v.10.4.1963, DB 1963 S.802 f.
 - 3) Zu § 615 BGB vgl. BAG, Urt. v. 18.1.1963, NJW 1963 S.1123f. v.10.4.1963, DB 1963 S.802 f.

Der Anspruch eines Angestellten auf Vergütung kann für den Krankheitsfall nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Hierbei gilt als verhältnismäßig nicht erheblich eine Zeit von 6 Wochen, wenn nicht durch Tarifvertrag eine andere Dauer bestimmt ist (§ 616 Abs.2 BGB).

§ 616 BGB regelt Fälle, in denen die Arbeitsleistung unmöglich oder nicht zumutbar ist. Im Blick auf die erste Gruppe bedeutet die Vorschrift eine Ausnahme von § 323 Abs.1 Halbsatz 1 BGB¹⁾.

dd) Betriebsrisiko

Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz "Ohne Arbeit kein Lohn"²⁾ bilden Fälle, in denen der Arbeitnehmer zur Arbeit bereit ist, der Arbeitgeber aber aus technisch-betrieblichen Gründen, ohne daß eine der Arbeitsvertragsparteien ein Verschulden träge, den Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann. Das Beispiel ist die gänzliche oder teilweise Stilllegung des Betriebes durch eine Unterbrechung der Strom- oder Wasserversorgung, wegen Mangel an Kohlen, Rohstoffen etc.³⁾

Die Frage, ob bei einer solchen Störung des Betriebes der Arbeitgeber Lohn zahlen muß, obwohl er eine Gegenleistung dafür nicht erhält, oder ob der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch verliert, obwohl er zur Arbeit bereit steht, wird als das Problem (der Tragung) des Betriebsrisikos⁴⁾ bezeichnet, das während Jahrzehnten eines der umstrittensten des Arbeitsvertragsrechtes war⁵⁾.

1) Hueck-Nipperdey, I S.329; Nikisch, S.610.

2) Hueck-Nipperdey, I S.324; Wlotzke, BarBBl.1961 S.336 unter IV; BAG, Urt. v. 8.10.1959, AP Nr.14 zu § 56 BetrVG, mit zustimmender Anmerkung von Hueck; Beschl.des Großen Senats v.17.12.1959, AP Nr.21 zu § 616 BGB, Bl.6.

3) Von den technischen Gründen für die Stilllegung des Betriebes sind die wirtschaftlichen - z.B. Auftrags- oder Absatzmangel - zu unterscheiden, die hier nicht gemeint sind.

4) Während die Möglichkeit einer derartigen technisch begründeten Stilllegung das "Betriebsrisiko" bildet, gehört zum davon verschiedenen "Wirtschaftsrisiko" die Gefahr einer wirtschaftlich begründeten Stilllegung des Betriebes.

5) Hueck-Nipperdey, I S.347 f.

Nach heute herrschender Auffassung enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine Antwort auf diese Frage¹⁾. Es erlaubt wohl - wie gezeigt werden wird - zwei formaljuristisch zu begründende, einander jedoch widersprechende Meinungen. Dar- aus, wie aus der Tatsache, daß das Arbeitsrecht erst nach der Jahrhundertwende seine eigentliche Entwicklung nahm, darf geschlossen werden, daß der Gesetzgeber des Bürgerli- chen Gesetzbuches diese Frage nicht erkannt und deshalb nicht beantwortet hat.

Versuchte man die Lösung mit Hilfe der bürgerlichrechtlichen Normen, so gälte - skizziert - folgendes: Wer meint, der Arbeitnehmer schulde - konkret - Arbeit an bestimmten Ma- schinen, kann als Folge der Störung eine von keinem Teile zu vertretende Unmöglichkeit der Arbeitsleistung annehmen, die gemäß § 323 BGB zum Verlust des Lohnanspruches führt. Wer dagegen die geschuldete Arbeitsleistung abstrakt be- greift und darum der Auffassung ist, der Arbeitnehmer habe nur dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, kann den Gläubigerverzug des Arbeitgebers begrün- den, wenn dieser elektrischen Strom, Werkstoffe etc., die der Arbeitnehmer zur Leistung der vereinbarten Arbeit braucht, nicht herbeischafft, das heißt, eine Mitwirkungshandlung nicht vornimmt. Der Arbeitnehmer behielte danach gemäß § 615 BGB seinen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber²⁾. Diese bei- den bürgerlichrechtlichen Lösungen bezeichnen denn auch - bis zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 6. Februar 1923 (RGZ 106,272 ff.)³⁾, welche der modernen Lehre Bahn brach -

1) So z.B.: Hueck-Nipperdey, I S.350; Nikisch, S.599; Schnorr v.Carolsfeld, S.218; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615 Anm.57; BAG, Urt. v. 8.2.1957, AP Nr.2 zu § 615 BGB Be- triebsrisiko; v. 25.7.1957, AP Nr.3 zu § 615 BGB Betriebs- risiko; v. 24.1.1958, AP Nr.4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko. Herschel dagegen (AuR 1964 S.85 f.) meint, daß auch - bei etwas Elastizität - auf dem Boden des BGB eine sachgerech- te Entscheidung gefunden werden könnte.

2) So heute noch Kaskel-Dersch, S.169.

3) In dieser Entscheidung heißt es: "Man darf, um zu einer befriedigenden Lösung des Streites zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgehen, muß vielmehr die sozialen Verhältnisse ins Auge fassen, wie sie sich seitdem entwickelt und in der Gesetz-

die Hauptfronten im Meinungsstreit¹⁾.

Die weitaus meisten Autoren und die Rechtsprechung haben heute mit der Lehre vom Betriebsrisiko eine Antwort bereit, die weder auf § 323 noch auf § 615 BGB gründet und deshalb als Ausnahme von beiden gelten kann²⁾. Boehmer bezeichnet diese Lehre - dem entsprechend - als "ein besonders ein-drucksvolles Beispiel richterlicher Rechtsschöpfung, und zwar in der Form einer Gesetzeskorrektur"³⁾. Doch darf nicht verkannt werden, daß die Lehre vom Betriebsrisiko im Grunde - jedenfalls hinblickend auf das Ergebnis - nur eine zwi-schen den extremen bürgerlichrechtlichen Lösungen vermit-telnde dritte Meinung formuliert. Man könnte sogar schrei-ben, gewiß im Blick auf das Ergebnis, daß die Lehre vom Be-triebsrisiko nichts anderes als ein Maßstab sei, der an-zeigt, ob für den konkreten Fall die Rechtsfolgen des § 323 oder aber die des § 615 BGB zu gelten haben.

Der Arbeitgeber trägt nach dieser Lehre grundsätzlich das Betriebsrisiko⁴⁾. Das heißt, er ist zur Lohnzahlung bei

.. gebung der neuesten Zeit auch ausdrücklich Anerkennung gefunden haben.... Das Bürgerliche Gesetzbuch steht... auf einem individualistischen Standpunkt. Inzwischen hat aber der Gedanke der sozialen Arbeits- und Betriebsge-meinschaft Ausbreitung und Anerkennung gefunden, der das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den Arbeitneh-mern beherrscht. Von diesem Gedanken und damit von den tatsächlichen sozialen Verhältnissen aus ergibt sich auch die Lösung ..." Mit der gleichen Begründung entscheidet sich später dann auch das RAG in seinem Urteil vom 20.6. 1928 (RAG Entsch. Bd.2 S.74 ff, 78) gegen die bürgerlich-rechtlichen Lösungen.

- 1) Vgl. Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, zweites Buch, zweite Abteilung: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, Tübingen 1952, S.188. Zu den Lösungsver-suchen der Vergangenheit vgl. im einzelnen Hueck-Nipper-dey, I S.349 ff.
- 2) Jaerisch allerdings glaubt (JR 1958 S.291), daß das Pro-blem des Betriebsrisikos von der Rechtsprechung überhaupt nicht in restlos befriedigender Weise gelöst werden könne. Er will darum (S.292) de lege ferenda zumindest die Lohn-last - ausgenommen die Fälle, in denen der Stillstand des Betriebes seinen Grund in einer Arbeitskämpfmaßnahme hat - dem Träger der Arbeitslosenversicherung überbürden.
- 3) a.a.O. S.195.
- 4) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.352; Nikisch, S.603; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615 Anm.66; Staudinger-Weber,

Störungen im Betrieb verpflichtet, die weder von ihm noch vom Arbeitnehmer verschuldet sind und die bewirken, daß aus technischen Gründen Arbeit nicht geleistet werden kann.

"Das folgt daraus, daß der Arbeitgeber, der den Betrieb und die betriebliche Gestaltung organisiert, leitet, die Verantwortung trägt und die Erträge bezieht, seinen Arbeitnehmern dafür einstehen muß, daß der Betriebsorganismus in Funktion bleibt und die Arbeitsmittel zur Verfügung stehen, die dem Arbeitnehmer die Arbeit und damit die Erzielung eines Lohnes ermöglichen."¹⁾

Eine erste Ausnahme von diesem Grundsatz gilt, wenn die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung oder die Unzumutbarkeit ihrer Annahme auf einem kollektiven, auf Arbeitskampf im weiten Sinne gerichteten Verhalten von Arbeitnehmern des eigenen oder eines anderen Betriebes gründet. Die Arbeitswilligen, für die keine Beschäftigungsmöglichkeit besteht, verlieren ihren Lohnanspruch - so zum Beispiel, wenn die Unterbrechung der Stromversorgung durch einen Streik im eigenen Betrieb oder dem städtischen Elektrizitätswerk geschieht -, weil die Betriebsstörung ihren Grund in der Sphäre der Arbeitnehmerschaft hat und diese sich deshalb, was aus ihrer Solidarität folgt, auch in die Folgen fügen muß²⁾.

Eine zweite Ausnahme gilt, wenn die Fortzahlung der Löhne³⁾⁴⁾ nach dem Stillstehen des Betriebes seinen Bestand gefährdete.

.. Anm.C 58; BAG, Urteile v. 8.2.1957, 25.7.1957, 24.1.1958, 4.7.1958, 7.12.1962, AP Nr.2,3,4,5,14 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

- 1) BAG, Urt. v. 8.2.1957, AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; zustimmend Nikisch, S.600 Anm.4; ganz ähnlich: Hueck-Nipperdey, I S.350 ff.; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615 Anm.66; Staudinger-Weber, § 242 Anm. C 58.
- 2) Vgl. Hueck-Nipperdey, I S.352 f.; Nikisch, S.605 ff.; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615 Anm.68; Staudinger-Weber, Anm.C 53 f.; BAG, Urt. v. 8.2.1957, 25.7.1957, 24.1.1958, AP Nr.2,3,4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; LAG Kiel, Urt. v. 10.12.1959, AP Nr.8 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.
- 3) Vgl. Hueck-Nipperdey, I S.354; Schnorr v. Carolsfeld, S.219; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, § 615 Anm.67; Staudinger-Weber, § 242 Anm.C 61. Zweifelnd: Nikisch, S.600. Das BAG äußert sich in seinem Urteil vom 8.2.1957, AP Nr.2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko, zu dieser Frage bewußt nicht.
- 4) Das Wirtschaftsrisiko trägt nach herrschender Auffassung der Arbeitgeber immer. Solange das Arbeitsverhältnis ...

Obwohl Literatur und Rechtsprechung an der "Sphärentheorie" Jahrzehnte hindurch gearbeitet haben, wird über die Lehre vom Betriebsrisiko auch heute noch diskutiert. Die Gründe dafür sind einmal noch rechtskonstruktive Bedenken¹⁾, zum anderen Schwierigkeiten in der Subsumtion. Denn die Antwort auf die Frage, welcher Sphäre eine Betriebsstörung zugerechnet werden muß, ist nicht immer leicht zu finden²⁾. Gründe dafür endlich, daß über die Betriebsrisikolehre noch heute diskutiert wird, sind Schwierigkeiten, die aus dem Nebeneinander von Individual- und Kollektivrecht folgen: Die individualrechtliche Sphärentheorie in ihrer heutigen Form kann wohl zu Ergebnissen führen, die kollektivrechtliche Regeln des Arbeitskampfes verletzen; in Betracht kommen zum Beispiel der Grundsatz der Neutralität des Staates im Arbeitskampf und das Prinzip der Waffengleichheit³⁾. Doch zeigt sich im ganzen gesehen - jedenfalls soweit gegen diese Schwierigkeiten mit den Mitteln der Rechtsprechung und nicht mit denen des Gesetzgebers angegangen wird -, daß entsprechend dem starken Rückhalt, den die herkömmlich verstandene Sphärentheorie in der Rechtsprechung und einem großen Teil der Literatur hat, nicht die Herrschaft der Theorie generell, sondern allenfalls wenige Grenzen ihres Geltungsbereiches bedroht sind - insbesondere solche zum kollektiven Arbeitsrecht hin.

.. besteht, hat deshalb der Arbeitnehmer, auch wenn aus wirtschaftlichen Gründen der Betrieb stillsteht, Anspruch auf den vollen Lohn. Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.348 f.; Nikisch, S.608 f.; keinen Unterschied zwischen Betriebs- und Wirtschaftsrisiko möchte wohl Jaerisch (JR 1958 S.287f.) machen. Muß ein Arbeitgeber seinen Zulieferbetrieb stilllegen, weil er infolge eines Arbeitskampfes im belieferten Betriebe seine Erzeugnisse nicht mehr absetzen kann, so hat er also der herrschenden Lehre nach die Löhne weiterzuzahlen; dagegen Löwisch, DB 1963 S.899 ff.

1) Vgl. Löwisch, DB 1963 S.900.

2) Das gilt z.B. dann, wenn auf einen Teilstreik im Betriebe hin voll ausgesperrt wird und die Aussperrung erst zum Stillstand eines anderen Betriebes führt. Ist die Störung dieses Betriebes der Arbeitgebersphäre (weil unmittelbar von der Aussperrung verursacht) oder der Arbeitnehmersphäre (weil mittelbar vom Streik verursacht) zuzurechnen?

3) Vgl. Löwisch, DB 1963 S.899 ff.

II. Treue- und Fürsorgepflicht

1. Inhalt und Funktion

Die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers entspricht der Treuepflicht des Arbeitnehmers¹⁾. Gleich der Treuepflicht des Arbeitnehmers ist die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers eine Grundpflicht, deren Inhalt nicht abstrakt genau beschrieben, sondern nur konkret im einzelnen Fall bestimmt werden kann²⁾. Eine der seltenen Definitionen heißt: Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers geht dahin, den Arbeitnehmer in einer Weise in Arbeit zu nehmen und in ihr einzusetzen, daß dieser nicht über das notwendige Maß hinaus beansprucht wird, ihn in diesem Rahmen vor gesundheitlichen und sonstigen Schäden zu bewahren und die Abhängigkeit seiner Stellung nicht auszunutzen, vielmehr durch geeignete Maßnahmen innerhalb und außerhalb der eigentlichen Arbeitstätigkeit auszugleichen, soweit das der Zweck eines Arbeitsverhältnisses gestattet³⁾.

1) Die Formulierung "Treue- und Fürsorgepflicht" soll darauf hinweisen, daß die der Treuepflicht des Arbeitnehmers entsprechende Treuepflicht des Arbeitgebers - als Folge seiner übergeordneten Stellung im Arbeitsverhältnis - meist die Gestalt einer Pflicht zur Fürsorge hat; so Hueck-Nipperdey, I S.390; vgl. auch Nikisch, S.446. Die Kritik von Frey, AuR 1958 S.204 f. unter IV 2, der es für nahezu grotesk und widersinnig hält, dem Arbeitgeber Treue gegenüber dem Arbeitnehmer zuzumuten, ist schon deshalb unberechtigt, weil Treue und Fürsorge Begriffe sind, die sich überschneiden und deshalb beide als Motiv ein und desselben Verhaltens gelten können.

2) z.B. Hueck-Nipperdey, I S.405.

3) Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 869. Vgl. auch Gaul, DB 1962 S.203; Hueck-Nipperdey, I S.390; Maus, Arbeitsverhältnis, S.192; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.162.- Besondere Treue- und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers sind z.B. seine Pflicht, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer sicheren Verwahrung zur Arbeitsstelle mitgebrachter Sachen zu geben (vgl. z.B. das Urteil des BAG vom 5.3.1959, AP Nr.26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht), oder die Pflicht, auf Wunsch des Arbeitnehmers Dritten Auskunft über dessen Tätigkeit zu erteilen. Zugleich Konkretisierungen der Treue- und Fürsorgepflicht sind auch - soweit sie Inhalt eines Arbeitsverhältnisses sein können - die öffentlichrechtlichen Normen des Arbeitsschutzrechtes (vgl. Galperin, BB 1963 S.739 ff., insbesondere S.743 unter II 9).

Die Treue- und Fürsorgepflicht ist indes nicht nur als Grundpflicht der Nährboden konkreter Einzelpflichten des Arbeitgebers, sondern bestimmt - wie Treu und Glauben gemäß § 242 BGB für die reinen Schuldverhältnisse - zugleich die Art und Weise, in welcher der Arbeitgeber seine übrigen arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen hat¹⁾.

2. Begründung

a) § 242 BGB

Da der Gesetzgeber jedes Dienstverhältnis für ein schuldrechtliches Austauschverhältnis hielt, dieses aber Treuepflichten nicht begründet, normieren die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Dienstvertrag weder die Treuepflicht des Arbeitnehmers noch die allgemeine Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Der positiv-rechtliche Grund auch der Treue- und Fürsorgepflicht muß deshalb in der allgemein schuldrechtlichen Bestimmung des § 242 BGB gesehen werden²⁾: Die Treue- und Fürsorgepflicht ist - wie die Treuepflicht des Arbeitnehmers - eine durch das personenrechtliche Element des Arbeitsverhältnisses modifizierte, verdichtete Erscheinungsform des Grundsatzes von Treu und Glauben³⁾. So sind wohl auch die Hinweise in der Literatur

- 1) Hueck-Nipperdey, I S.390; Kaskel-Dersch, S.147 f.; Nikisch, S.470. - Dagegen sind wiederum Bobrowski-Gaul, S.237 Randziffer 2; Meissinger, AR-Blattei, Treuepflicht im Arbeitsrecht I, A I.
- 2) Hueck-Nipperdey, I S.391; Kunkel, BARbBl.1953 S.70; Maus, Handbuch, V, F 1 Anm.159; Mavridis, AuR 1957 S.225; Nikisch, S.497; Palme, Das Recht im Amt 1959 S.323; Sitzler, AR-Blattei, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I, A II; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.2 und 6 zu den §§ 617ff Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 235 und A 869; Stecher, RdA 1961 S.261. Das BAG (Urt. v. 20.4.1956, AP Nr.6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht) gründet die "Fürsorgepflicht" auf die §§ 618 und 242 BGB.
- 3) Frey, AuR 1960 S.233 (II 1) und S.234 (C 1); Hueck-Nipperdey, I S.391; Hueck, Treuegedanke, S.18; Larenz, AP, Anm. zu Nr.4 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht unter Ziff.1; Nikisch, S.479; Sitzler, AR-Blattei, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I, A II; wohl auch Gaul, DB 1962 S.203, II 2.Vgl. weiter G.Hueck, S.110; Staudinger-Weber, § 242 Anm.A 130 und A 375; Stecher, RdA 1961 S.261; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.162. - Vgl. dazu ferner die Ausführungen oben im zweiten Kapitel unter II, S.75 ff.-

darauf zu verstehen, daß sich die Treue- und Fürsorgepflicht aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses und dem Grundsatz des § 242 BGB erkläre¹⁾.

b) Sozialrechtliches Schutzprinzip

Nicht selten wird heute im Schrifttum die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers überdies mit dem sozialen Schutzprinzip gerechtfertigt²⁾. Diese weitere Begründung ist deshalb richtig, weil das personenrechtliche Element des Arbeitsverhältnisses - ein unmittelbarer Rechtsgrund der Treue- und Fürsorgepflicht - sehr wohl als Konkretisierung des sozialen Schutzprinzips des Arbeitsrechts verstanden werden kann³⁾. Der Schutzgedanke ist dann mittelbarer Rechtsgrund der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers⁴⁾.

.. Stecher (RdA 1961 S.262 f., I 3) unterscheidet zwischen der Treuepflicht des Arbeitgebers, die er so begründet, wie hier die Treue- und Fürsorgepflicht erklärt wurde, und seiner Fürsorgepflicht, welche er als besondere durch die persönliche Unterordnung des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis geprägte Erscheinungsform der Treuepflicht begreift (vgl. auch Larenz, AP, Anm. zu Nr.4 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht, unter Ziff.1). Diese Differenzierung ist richtig, hat aber wohl keine praktische Bedeutung.

- 1) Palme, Das Recht im Amt 1959 S.323. Bulla (RdA 1950 S.89), Dersch (RdA 1949 S.326 f.) und Staudinger-Nipperdey-Mohnen (Vorbem.2 und 6 zu den §§ 617 ff.) nennen überdies als dritte Wurzel der Treue- und Fürsorgepflicht die Schutzfunktion des Arbeitsrechts.
- 2) Bulla, RdA 1950 S.89; Dersch, RdA 1949 S.326 f.; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.2 und 6 zu den §§ 617 ff.; vgl. auch Bulla, Die Arbeitskammer, Zeitschrift der Arbeitskammer des Saarlandes, 1961 S.408 unter B II 4; ders., Mittlg.d.Dt.ArbGerVerb. 1957 Nr.15, S.6 unter E 1. - Maus, Handbuch, V, F 1 Anm.159, nennt außer dem sozialrechtlichen Schutzprinzip nur § 242 BGB, nicht aber das personenrechtliche Wesen des Arbeitsverhältnisses.
- 3) Vgl. Bulla, Die Arbeitskammer, Zeitschrift der Arbeitskammer des Saarlandes, 1961 S.407 f., B.
- 4) Mit dem Versuch, die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auf das sozialrechtliche Schutzprinzip zu gründen, dürfen die Bemühungen, insbesondere von Dersch (Festschrift für Herschel, 1955, S.73 ff.), nicht verwechselt werden, anerkannte Ergebnisse des Arbeitsverhältnisrechtes nicht mehr wie bisher mit der Treue- und Fürsorgepflicht, sondern dem sozialrechtlichen Schutzprinzip zu rechtfertigen.

c) Wesen des Arbeitsverhältnisses

Die Begründung der Treue- und Fürsorgepflicht allein mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis¹⁾ befriedigt nicht. Erst der Grundsatz von Treu und Glauben zusammen mit dem personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses ist eine überzeugende Rechtfertigung, die schon um deswillen vorzuziehen ist, weil sie Zusammengehöriges auch zusammen läßt: den Grundsatz von Treu und Glauben und die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ebenso wie bürgerliches Recht und Arbeitsverhältnisrecht.

d) §§ 617, 618 BGB

Falsch ist es, den positivrechtlichen Grund der allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in den §§ 617 bis 619 BGB zu sehen²⁾: Diese Vorschriften sind nur bürgerlichrechtliche Konkretisierungen der Pflicht, nicht aber ihr gesetzlicher Grund³⁾.

3. Gesetzlich normierte Treue- und Fürsorgepflichten

Ist die a l l g e m e i n e Treue- und Fürsorgepflicht, weil sie auf § 242 BGB gründet, die arbeitsrechtliche Modifikation einer gesetzlichen Rechtsbeziehung bürgerlichrechtlicher Art zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so schafft jede eine b e s o n d e r e Treue- und Fürsorgepflicht statuierende Vorschrift des Dienstvertragsrechtes schon als solche, als Norm des Bürgerlichen Gesetzbuches, eine bürgerlichrechtliche Beziehung im Arbeitsverhältnis.

-
- 1) Bobrowski, S.52; Bobrowski-Gaul, S.240 Randziffer 9; Dersch, Festschrift für Herschel, 1955, S.73; Kaskel-Dersch, S.188; Maus, Arbeitsverhältnis, S.192; Meissinger, AR-Blattei, Treuepflicht im Arbeitsrecht I, A.
 - 2) So aber wohl Rewolle, RdA 1954 S.258 ff. Das BAG (Urt. v. 20.4.1956, AP Nr.6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht) gründet die "Fürsorgepflicht" auf die §§ 618 und 242 BGB.
 - 3) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.392; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.2 zu den §§ 617 ff.; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 868.

a) §§ 617, 618 BGB

Nach § 618 Abs.1 BGB hat der Arbeitgeber Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Arbeit zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Arbeitsleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit so weit geschützt ist, als die Natur der Arbeitsleistung es gestattet.

Die §§ 617 und 618 Abs.2 BGB begründen besondere Fürsorgepflichten gegenüber solchen Arbeitnehmern, welche in die häusliche Gemeinschaft des Arbeitgebers aufgenommen sind¹⁾.

b) § 629 BGB

Gemäß § 629 BGB hat der Arbeitgeber nach der Kündigung eines dauernden Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Arbeitsverhältnisses zu gewähren. Die herrschende Lehre legt § 629 BGB zu Recht erweiternd aus und gibt dem Arbeitnehmer auch dann einen Anspruch auf freie Zeit, wenn das Arbeitsverhältnis befristet ist und deshalb nicht durch Kündigung, sondern durch Zeitablauf endet²⁾.

c) § 630 BGB

Nach § 630 BGB hat der Arbeitgeber bei Beendigung eines dauernden Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer auf dessen Wunsch ein schriftliches Zeugnis über das Arbeitsverhältnis und seine Dauer, auf Verlangen auch über Leistung und Führung, zu erteilen³⁾.

1) § 619 BGB schließlich bestimmt, daß die den Arbeitgeber nach den §§ 617, 618 BGB treffenden Pflichten nicht im voraus abgedungen werden können.

2) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.459; Nikisch, S.856; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 629 Anm.6.

3) Dazu, daß die Pflicht zur Erteilung eines Zeugnisses eine gesetzliche Konkretisierung der allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht ist, vgl. Nikisch, S.857.

III. Gleichbehandlungspflicht

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Gleichbehandlung, der das Recht des Arbeitnehmers auf Gleichbehandlung entspricht, ist heute in Literatur und Rechtsprechung wohl allgemein anerkannt¹⁾. Grundlage des Gleichbehandlungsanspruches ist der Grundsatz der Gleichbehandlung²⁾, "der jede willkürliche Disqualifizierung des Arbeitnehmers verbietet"³⁾. Seine Begründung ist umstritten.

Viele leiten den Grundsatz der Gleichbehandlung aus der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und so - mittelbar - aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) her. Der Grundsatz der Gleichbehandlung wäre danach die arbeitsrechtliche Fortentwicklung eines bürgerlichrechtlichen Institutes. Ob das zutrifft, soll eine kritische Betrachtung der verschiedenen Begründungsversuche zeigen.

1. Abzulehnende Begründungsversuche

a) Allgemeiner Gleichheitssatz

Hergeleitet wird der Grundsatz der Gleichbehandlung einmal von dem allgemeinen Gebot jeder Gerechtigkeit, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart gemäß verschieden zu

-
- 1) So Bobrowski-Gaul, S.244; Frey, AuR 1960 S.231; Nikisch, S.503; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 381.
 - 2) Bötticher (RdA 1953 S.161 ff.; 1957 S.317 ff.) erklärt den Gleichbehandlungsanspruch als den Anspruch des übergangenen Arbeitnehmers auf Vollzug einer vom Arbeitgeber sich selbst gesetzten, ihn bindenden Norm (ihm folgten Molitor, AR-Blattei, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entscheidung 9; früher Nikisch, Arbeitsrecht, 2.Aufl., 1955, Bd.1 S.430; BAG, Urt. v. 4.12.1956, AP Nr.16 zu § 3 TOA; LAG Frankfurt/M., Urt. v. 10.10.1957, DB 1958 S.139 f.). Eines Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Begründung des Gleichbehandlungsanspruches, der in Wahrheit ein Anspruch auf Vollzug einer Norm sei, bedarf Bötticher darum nicht (RdA 1953 S.163, linke Spalte). Seine "Normvollzugstheorie" erklärt indessen nicht, warum der Arbeitgeber an eigene Grundsätze gebunden ist und gibt auch keine befriedigende Antwort auf die Frage, warum der Arbeitgeber nicht von vornherein "Normen" mit Ausnahmen setzen kann (Hueck-Nipperdey, I S.492; Nikisch, S.505; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 370; vgl. auch Frey, AuR 1961 S.110 ff.).
 - 3) Hueck-Nipperdey, I S.28.

behandeln¹⁾. Diese Begründung ist gewiß nicht falsch. Doch kann eine Rechtfertigung nicht befriedigen, die wohl den Urgrund des Rechtssatzes aufzeigt, über dessen Mutterboden aber, in dem er wurzelt, aus dem heraus er gewachsen ist, nichts sagt. Das Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, vermag deshalb eigentlich nur die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu bestätigen. Auch sollte eine Begründung - zumal der Grundsatz der Gleichbehandlung allgemein anerkannt wird - den Geltungsbereich des Prinzips bestimmen helfen und die Grenze zwischen dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem der Autonomie des einzelnen erkennen lassen²⁾. Das naturrechtliche Gebot, Gleiches gleich zu behandeln, kann dies jedoch seines allgemeinen Charakters wegen nicht.

b) Art.3 GG

Einer nah verwandten Lehre gemäß ist Art.3 GG der Rechtsgrund des Gleichbehandlungsprinzips³⁾. Doch gilt für den Gleichheitssatz des Art.3 GG, wird er als allgemeiner, alle Rechtsgebiete beherrschender Grundsatz genannt, nichts anderes als für den gerade behandelten Satz des Aristoteles⁴⁾. Ist mit dem Hinweis auf Art.3 aber gemeint, daß dieser nicht nur den Staat, sondern auch den Bürger bindet⁵⁾, so müßte das bewiesen werden⁶⁾.

1) Bobrowski-Gaul, S.244; Frey, Gleichbehandlung, S.15; Molitor, AR-Blattei, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis I, A; Raiser, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht 1948 S.90 und 94; BGH, Urt. v. 24.10.1951, RdA 1952 S.35 ff.; vgl. auch Krüger, RdA 1954 S.368. - Frey, AuR 1961 S.234 ff., sieht in der Gerechtigkeit das unterste Rechtsfundament der Pflicht zur Gleichbehandlung. Überleitungen von der abstrakten Gerechtigkeit zur konkreten Gleichbehandlung seien die Drittwirkung des Art.3 Abs.1 GG und die Machtträgerschaft des Arbeitgebers.

2) Vgl. Hilger, S.76; Hueck-Nipperdey, I S.418; G.Hueck, DB 1956 S.352; G.Müller, DB 1958 S.52.

3) Nipperdey, RdA 1950 S.125; vgl. auch Nipperdey, RdA 1959 S.32 f. Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.13 zu den §§ 617 ff., rechtfertigen den Grundsatz mit der allgemeinen Fürsorgepflicht und Art.3 GG. Auch Frey, AuR 1961 S.234 ff., nennt u.a. die Drittwirkung des Art.3 Abs.1 GG.

4) Vgl. Götz Hueck, S.97 f.

5) wie bei Frey, AuR 1961, S.234 ff.

6) Hueck-Nipperdey, I S.418; vgl. auch Götz Hueck, S.98 ff.;

c) Sozialrechtliches Schutzprinzip

Mit dem sozialrechtlichen Schutzprinzip des Arbeitsrechts begründet Dersch¹⁾ den Grundsatz der Gleichbehandlung. Doch gilt hier nichts anderes als für den Versuch, den innerbetrieblichen Schadensausgleich mit dem sozialen Schutzprinzip zu begründen: Dieser Grundgedanke des Arbeitsrechts²⁾ ist als solcher notwendig allgemein formuliert. Er sollte deshalb zum unmittelbaren Rechtsgrund nur dann genommen werden, wenn Konkretisierungen des arbeitsrechtlichen Grundprinzips das Institut nicht begründen können. Denn die konkretere Rechtfertigung ist nicht nur die überzeugendere, sondern läßt auch das auf sie gegründete Institut geprägter erscheinen³⁾.

d) Betriebsgemeinschaft

Dietz⁴⁾ erklärt den Grundsatz der Gleichbehandlung als "notwendiges Gebot der Betriebsgemeinschaft". Kunkel⁵⁾ meint, daß der Gleichbehandlungsgrundsatz in Wahrheit nichts anderes sei als der in der Natur jeder Gemeinschaft, auch der Betriebsgemeinschaft, liegende Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung. Nach Nikisch⁶⁾ gewinnt das allgemeine Gerechtigkeitsgebot der gleichmäßigen Behandlung für die Betriebsgemeinschaft deshalb konkrete Gestalt, weil die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer so offensichtlich billig und gerecht sei, daß sie auch als rechtlich geboten angesehen werden müsse⁷⁾.

.. Kauffmann, Betr.Verf. 1956 S.227; Kunkel, DB 1953 S.693; Staudinger-Weber, § 242 Anm. A 369.

1) RdA 1949 S.328 f.

2) Vgl. Bulla, Die Arbeitskammer, Zeitschrift der Arbeitskammer des Saarlandes, 1961 S.406 ff.

3) Vgl. zu diesem Begründungsversuch die Kritik von Frey, AuR 1961 S.43 und 49.

4) in Hueck-Nipperdey-Dietz, Anm.17 a alpha zu § 2.

5) DB 1953 S.694.

6) S.500.

7) Molitor (RdA 1952 S.129) gründet den Gleichbehandlungsgrundsatz "auf die zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer bestehende Gemeinschaft". - Hilger (S.78 f.) sieht "den inneren Grund für die Geltung des Gleichbehandlungsgebotes im Arbeitsrecht darin, daß der Arbeitgeber sich nicht nur dem einzelnen Arbeitnehmer, sondern der gesamten Belegschaft, also der Gruppe, gegenübersteht und daß er innerhalb dieser Gruppe Gerechtigkeit üben muß". Sie erblickt im Gleichbehandlungsprinzip ein Beispiel dafür, "daß die einer sozialen Gemeinschaft eigenen Gesetze das Recht zu formen vermögen". - Siehe auch RAG in ARS 35, 218 (220); 36, 54 (57); 37, 273 (276); 39, 49 (52); 42, 141 (143 f.); 44, 64 (66).

Wird - wie hier - der Grundsatz der Gleichbehandlung mit dem Wesen der Betriebsgemeinschaft begründet¹⁾, so ist auch damit nur wenig gesagt und nicht viel gewonnen²⁾. Die Vorstellungen über Begriff und Wesen der Betriebsgemeinschaft sind allzu verschieden und oft auch nur unbestimmt. Die Betriebsgemeinschaft bedarf, um ein wirklich brauchbarer Begriff des Arbeitsrechts zu werden, noch sorgfältiger wissenschaftlicher Durchdenkung³⁾.

Richtig ist jedoch eines: Der Grundsatz der Gleichbehandlung kann Bedeutung nur dann haben, wenn die "Betriebsgemeinschaft" aus dem Arbeitgeber und mehreren Arbeitnehmern besteht. Diese Betriebsgemeinschaft ist aber nicht der Grund des Gleichbehandlungsprinzips, sondern eine Voraussetzung für seine Anwendbarkeit im einzelnen Fall⁴⁾.

e) § 51 BetrVG

Der Grundsatz der Gleichbehandlung wird weiter auf § 51 BetrVG⁵⁾ gegründet⁶⁾, der bestimmt: Arbeitgeber und Betriebsrat haben darüber zu wachen, daß alle im Betrieb tätigen Personen nach den Grundsätzen von Recht und Billigkeit be-

- 1) ausdrücklich Nikisch, S.503.
- 2) Nikisch (S.503) schreibt, man müsse, um den Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu bestimmen, fragen, in welchen Fällen das Wesen der Betriebsgemeinschaft die grundsätzliche Gleichbehandlung der Arbeitnehmer verlangt. Bezeichnend ist nun, daß er (S.503 f.) die Grenzen des Grundsatzes der Gleichbehandlung dennoch nicht entgegen seiner eigenen Anleitung - aus dem Wesen der Betriebsgemeinschaft herleitet.
- 3) Kritik an der Begründung des Gleichbehandlungsprinzips mit dem Wesen der Betriebsgemeinschaft üben: Frey, AuR 1960 S.363 ff.; LAG Frankfurt/Main, Urt. v. 10.10.1957, DB 1958 S.139 f.
- 4) G.Hueck, DB 1956 S.352; Müller, DB 1958 S.52; BAG, Beschl. v.28.1.1955, AP Nr.1 (Bl.11) zu Art.9 GG Arbeitskampf; vgl. auch Galperin, RdA.1953 S.169.
- 5) dem § 56 PersVG entspricht.
- 6) Dietz, § 51 Anm.8 ff.; LAG Hamm, Urt.v.1.6.1954, DB 1954 S.888; ebenso wohl Fitting-Kraegeloh-Auffahrt, § 51 Anm.2, nach denen die Grundsätze des § 51 BetrVG auch auf das Einzelarbeitsverhältnis notwendigerweise Anwendung finden; zustimmend G.Hueck, S.94; vgl. schließlich BAG, Beschluß des Großen Senats vom 16.3.1956, AP Nr.1 zu § 57 BetrVG: "Soweit der Grundsatz der Gleichbehandlung aus § 51 BetrVG hervorgeht, bezieht er sich nur auf aktive Betriebsangehörige".

handelt werden, insbesondere, daß jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft, politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung oder wegen ihres Geschlechts unterbleibt. Auch diese - betriebsverfassungsrechtliche - Vorschrift, die Arbeitgeber und Betriebsrat als Organe der Betriebsverfassung meint, ihnen eine Überwachungspflicht auferlegt und den Gleichbehandlungsgrundsatz v o r a u s s e t z t ¹⁾, hilft nicht, den Geltungsbereich des Prinzips zu bestimmen. Als Rechtsgrund des Gleichbehandlungsprinzips erscheint § 51 BetrVG deshalb nicht geeignet^{2) 3)}.

f) Konkrete Ordnung des Betriebes

Die Literatur verführt zu dem Glauben, das Reichsarbeitsgericht habe den Grundsatz der Gleichbehandlung mit der "konkreten Ordnung des Betriebes" begründet⁴⁾. Wohl ist von ihr in verschiedenen Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Recht des Arbeitnehmers auf Gleichbehandlung die Rede⁵⁾. Doch spricht das Reichsarbeitsgericht in diesen Urteilen von der konkreten Ordnung des Betriebes nicht als dem G r u n d des Gleichbehandlungsprinzips, sondern als einer V o r - a u s s e t z u n g für seine Anwendbarkeit⁶⁾. Das Reichsarbeitsgericht meint dasselbe, was Kunkel⁷⁾ richtig formuliert: "Die Anwendung des Gleichmäßigkeitsgrundsatzes setzt

1) Frey, AuR 1961 S.48 f.

2) Vgl. auch Frey, AuR 1961 S.43 ff.; G.Hueck S.94 f.; Kunkel, DB 1953 S.693; Staudinger-Weber, Anm. A 369.

3) Keine befriedigende Rechtfertigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist schließlich die Notwendigkeit, den Betriebsfrieden zu erhalten (anders LAG Frankfurt/Main, WA 1951 S.125).

4) Vgl. z.B. Galperin, RdA 1953 S.169; G.Hueck, DB 1956 S.352; Kauffmann, BetrVerf. 1956 S.227.

5) z.B. RAG in ARS 33, 172 (176); 37, 365 (367 f.); 40, 363 (364).

6) Einen anderen Sinn hat allerdings der Satz des RAG (ARS 46, 395): "Diese Übung begründete ... das Recht, unter denselben Voraussetzungen in derselben Weise behandelt zu werden." Doch sollte wohl auch damit - darauf deutet der Verweis auf zwei in der vorangehenden Anmerkung genannte Urteile hin - nichts Verschiedenes gesagt werden.

7) AR-Blattei, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entsch.4.

zunächst und überhaupt voraus, daß das Vorhandensein eines bestimmten Maßstabs, nach dem Zuwendungen oder Leistungen an die Belegschaftsmitglieder bemessen werden, nachweisbar ist."

2. Eigene Begründung mit der Treue- und Fürsorgepflicht

Der Grundsatz der Gleichbehandlung wird auch heute noch auf die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zu gründen sein in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, das zur Begründung des Prinzips nicht nur die Betriebsgemeinschaft¹⁾, sondern auch die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers²⁾ und - den gleichen Gedanken nur allgemeiner fassend - Treu und Glauben³⁾ nannte. Dieser Rechtsprechung entsprach im Schrifttum eine weitverbreitete Meinung⁴⁾. - Auch das BARbG hat in einem Urteil seines zweiten Senats⁵⁾ die Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers als eine Konkretisierung seiner Treue- und Fürsorgepflicht erklärt. Doch widersprach diese Entscheidung einem früheren Beschluß des Großen Senats⁶⁾, der sich ausdrücklich zu keiner der im Schrifttum vertretenen Begründungen des Gleichbehandlungsprinzips bekannte. In späteren Urteilen⁷⁾ hat deshalb auch der zweite Senat des Bundesarbeitsgerichtes - hinweisend auf den Beschluß des Großen Senats - die Frage nach dem Grund des Gleichbehandlungsprinzips mit Absicht nicht beantwortet⁸⁾. Die Autorität des höchsten Arbeitsgerichtes

-
- 1) Vgl. die oben in Anm.7 S.96f. angegebenen Entscheidungen.
 - 2) z.B. RAG in ARS 35, 101 (104); 35, 144 (145); 35, 218(220); 37, 273 (276); 39, 49 (52); 39, 65 (66 f.); 42, 141(143f.).
 - 3) z.B. RAG in ARS 33, 182 (186); 35, 101 (104); 36, 12 (16); 38, 252 (258).
 - 4) Vgl. die Literaturhinweise bei Hueck-Nipperdey, I S.419 Anm.10.
 - 5) v. 13.9.1956, AP Nr.3 zu § 242 BGB Gleichbehandlung. - Vgl. auch das Urteil des 1.Senats v. 4.5.1956, AP Nr.10 zu Art.3 GG.
 - 6) v. 28.1.1955, AP Nr.1 zu Art.9 GG Arbeitskampf.
 - 7) v. 5.12.1957 (AP Nr.13 zu § 242 BGB Gleichbehandlung) und 25.4.1959 (AP Nr.15 zu § 242 BGB Gleichbehandlung).
 - 8) Vgl. dazu auch Frey, AuR 1961 S.161 ff. - Nachweise aus der Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte bringt Staudinger-Weber, S.154.

steht danach der großen Zahl derer nicht mehr zur Seite, die auch heute noch das Prinzip der Gleichbehandlung auf die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gründet¹⁾.

Die Gleichbehandlungspflicht des Arbeitgebers ist ein Ausschnitt aus dem großen Kreis der allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht.

Diese Pflicht erfüllt der Arbeitgeber dadurch, daß er für den Arbeitnehmer sorgt, ihm nicht schadet. Nun ist der Inhalt der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nicht nur ein "materieller". So wird - zum Beispiel - anerkannt, daß § 618 BGB, der den Arbeitgeber unter anderem verpflichtet, Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Sittlichkeit und die Religion des Arbeitnehmers erforderlich sind, eine Konkretisierung der allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht ist²⁾. Der Inhalt dieser in § 618 BGB bestimmten Pflicht aber ist ein "ideeller", weil er sich nicht auf geldwerte Interessen des Arbeitnehmers bezieht. Der Arbeitgeber verstieße, weil sie nicht nur einen materiellen, auf vermögenswerte Interessen des Arbeitnehmers gerichteten, sondern überdies einen ideellen, auf immaterielle Güter bezogenen Inhalt hat, auch dann gegen seine Treue- und Fürsorgepflicht, wenn er durch sein Verhalten die persönliche Würde des Arbeitnehmers, seine Ehre verletzte, ihn kränkte. Wichtig für die Antwort auf die Frage, ob der Arbeitgeber

1) So Bobrowski, S.56 und 291 f.; Denecke, BGB-RGRK, Anm.12 vor § 611; Heissmann, RdA 1955 S.371; Honecker, Arbeitgeber 1954 S.926; Kunkel, AR-Blattei, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, Anm. zu Entsch.4; derselbe, BABl.1953 S.70; ders. DB 1953 S.694; Maus, Handbuch, V, F IV F 1; Müller, DB 1958 S.52; Reuter, AuR 1954 S.290; Schnorr v. Carolsfeld, S.172; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.13 zu den §§ 617 ff. (die eine zweite Wurzel des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art.3 GG sehen); Stoll, BABl.1953 S.72; Tophoven, RdA 1953 S.249. Vgl. auch Franke, BABl. 1952 S.490, und Sitzler, AR-Blattei, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I (1958), C II. - Unmittelbar aus § 242 BGB leiten den Grundsatz her: Staudinger-Nipperdey-Neumann, Vorbem.162 zu den §§ 620 ff.; LAG Hamm, Urt.v.27.10.1952, BB 1953 S.59; vgl. die Kritik von Frey, AuR 1960 S.233.

2) Vgl. oben II 3 a.

durch "ideelle Schädigung" des Arbeitnehmers seine Treue- und Fürsorgepflicht verletzt hat, ist vor allem, wie der Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitgebers verstehen durfte.

Als unverdiente Strafe, als eine Herabsetzung vor der Belegschaft des Betriebes, kurz: als Kränkung darf und muß der Arbeitnehmer es nun aber empfinden, wenn ihn der Arbeitgeber willkürlich und unsachlich schlechter behandelt als seine Arbeitskameraden. Das jedoch heißt: Jede Verletzung der Pflicht des Arbeitgebers zur Gleichbehandlung ist zugleich ein Verstoß gegen seine Treue- und Fürsorgepflicht. Weil dieser Satz nicht umgekehrt gilt, die Treue- und Fürsorgepflicht also die umfassendere ist, folgt weiter, daß die Gleichbehandlungspflicht nur eine Erscheinungsform der allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht bildet¹⁾.

Da es für die allgemeine Treue- und Fürsorgepflicht nun bezeichnend ist, daß ihr Inhalt nur im einzelnen Fall bestimmt werden kann, die Gleichbehandlungspflicht indes eine gewisse Konkretisierung dieser Grundpflicht bedeutet und sich von ihr erkennbar abhebt, ist es berechtigt, im Gleichbehandlungsprinzip ein selbständiges, aus der Treue- und Fürsorgepflicht erwachsenes arbeitsverhältnisrechtliches Institut zu sehen²⁾, das seinen positivrechtlichen Grund in § 242 BGB hat³⁾.

Gegen die Begründung des Gleichbehandlungsprinzips mit der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers wird eingewandt⁴⁾, sie helfe nicht, den Geltungsbereich des Grundsatzes zu bestimmen. Doch geschieht dieser Vorwurf jedenfalls dann zu Unrecht, wenn die Begründung des Prinzips damit näher erklärt wird, daß jede willkürliche Ungleichbehandlung dem Arbeitnehmer ideellen Schaden bringt und deshalb auch die umfassendere, gleichsam den Oberbegriff bildende Treue- und Fürsorgepflicht

1) Vgl. Staudinger-Weber, Anm. A 376, 3.Absatz.

2) Vgl. Frey, AuR 1960 S.237; Sitzler, AR-Blattei, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I (1958), A V 2 und C II.

3) Vgl. G.Hueck, S.113; Staudinger-Weber, Anm. A 379, 1.Absatz

4) Nikisch, S.503.

verletzt (was allerdings neben dem Verstoß gegen die speziellere Gleichbehandlungspflicht rechtlich nicht besonders gewertet werden kann). Für den Geltungsbereich des Grundsatzes der Gleichbehandlung folgt daraus, daß er nicht auf freiwillige soziale Leistungen des Arbeitgebers beschränkt ist, sondern - gleich dem der Treue- und Fürsorgepflicht - alle Rechtsbeziehungen des Arbeitgebers zum Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses mit einschließt¹⁾. Das Verhalten des Arbeitgebers in einem Betrieb, dem der Arbeitnehmer nicht angehört, kann diesem einen Gleichbehandlungsanspruch - um die Brauchbarkeit der Begründung auch zur Beantwortung dieser Frage anzudeuten - deshalb nicht geben, weil unternehmerische Maßnahmen in einem sozialen Bereich, zu dem der Arbeitnehmer nicht rechnet, ihn nicht zu diskriminieren vermögen. Die Grenze schließlich zwischen dem Grundsatz der Autonomie des einzelnen und dem der Gleichbehandlung liegt - gemäß Art.2 Abs.1 GG, der bestimmt: Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt... - dort, wo das ungleiche Verhalten des Arbeitgebers seinen (ihm durch das Gemeinschaftsverhältnis "Arbeitsverhältnis" verbundenen) Arbeitnehmern gegenüber einzelne unter ihnen herabsetzen, kränken, ideell schädigen muß²⁾).

IV. Beschäftigungspflicht

Nach der heute herrschenden Lehre ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer zu beschäftigen³⁾. Diese Pflicht

- 1) Die Ansicht von Frey, AuR 1960 S.237, ein "schlechterdings durchschlagender Gesichtspunkt" gegen die herrschende Meinung sei, daß sich auf Fürsorgeleistungen als sachlichen Geltungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes beschränken müsse, wer die Fürsorgepflicht zur Rechtsgrundlage macht, ist darum nicht richtig. Die Begründung des Grundsatzes der Gleichbehandlung mit der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zwingt ganz im Gegenteil gerade dazu, den Wirkungsbereich des Prinzips ebenso weit abzustecken wie den seines rechtlichen Grundes.
- 2) Vgl. letztlich noch die kritische Bemerkung von Stecher, RdA 1961 S.264 Note 23.

des Arbeitgebers zur Beschäftigung des Arbeitnehmers wird sogar "eine selbstverständliche Hauptpflicht" genannt¹⁾.

Das Dienstvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches statuiert eine solche Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers nicht. Trotzdem hat sie - letztlich - einen bürgerlichrechtlichen Grund. Denn die Beschäftigungspflicht ist eine selbständige Ausprägung der - im Wesen des Arbeitsverhältnisses und in § 242 BGB gründenden²⁾ - Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers³⁾. Dieser Auffassung sind wohl gleichfalls, ohne sie allerdings ausdrücklich zu äußern, diejenigen, welche die Beschäftigungspflicht - allein oder auch - kurz mit der Treue- und Fürsorgepflicht rechtfertigen⁴⁾. Für deren Konkretisierung darf man die Beschäftigungspflicht deshalb halten, weil jeder Verstoß gegen sie notwendig zugleich eine Verletzung der allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht ist⁵⁾. Denn der Arbeitgeber, der seinem Arbeitnehmer den Lohn ausbezahlt, ihn aber nicht angemessen

3) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.382; Nikisch, S.513; Schlegelberger-Schröder, § 59 Anm.87 b; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.265; Staudinger-Weber, Anm. A 488 (mit vielen Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen in Anm. A 489); Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm. 186; BAG, Urt. v. 10.11.1955, AP Nr.2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht. Siehe auch die folgenden Anmerkungen.

Gegen eine allgemeine Beschäftigungspflicht sind z.B. Enneccerus-Lehmann, S.623 f.; Palandt-Gramm, § 611 Anm.3e; Schnorr v. Carolsfeld S.241; Waechter, DB 1955 S.361. Weitere Hinweise gibt Staudinger-Weber, Anm. A 489.

1) Staudinger-Weber, Anm. A 488.

2) Vgl. oben unter II 2 a.

3) Sitzler, AR-Blattei, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I (1958), A V 2, C I. Vgl. auch Staudinger-Weber, Anm. A 235.

4) Kauffmann, BetrVerf. 1958 S.166 f.; Röhsler, DB 1958 S.1463; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.12 zu den §§ 617 ff.; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.265; Staudinger-Weber, Anm. A 488; Stecher, RdA 1961 S.264; Trieschmann, BABl. 1957 S.12; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.186; BAG, Urt. v. 10.11.1955, AP Nr.2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht. - Hueck in Hueck-Nipperdey, I S.382 Anm.8, will der Treue- und Fürsorgepflicht nur eine die Begründung der Beschäftigungspflicht mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses bestätigende Funktion zuerkennen.

5) Vgl. Stecher, RdA 1961 S.264.

beschäftigt, kränkt den Arbeitnehmer, verletzt seine Ehre¹⁾, fügt ihm also ideellen Schaden zu und verstößt deshalb gegen die Treue- und Fürsorgepflicht²⁾. Doch bleibt neben der rechtlichen Wertung dieses Verhaltens als Verletzung der spezielleren Beschäftigungspflicht der Verstoß gegen die Grundpflicht, aus der heraus die Beschäftigungspflicht zur Selbständigkeit erwachsen ist und welche diese darum gleich einem Oberbegriff mit einschließt, unberücksichtigt.

Da die Treue- und Fürsorgepflicht, der unmittelbare Rechtsgrund der Beschäftigungspflicht, ihrerseits auf § 242 BGB und dem personenrechtlichen Wesen des Arbeitsverhältnisses gründet, werden in der Literatur zutreffend außer der Treue- und Fürsorgepflicht zur Rechtfertigung der Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers auch der Grundsatz von Treu und Glauben und das Wesen des Arbeitsverhältnisses genannt³⁾.

Die Begründung der Beschäftigungspflicht allein mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses⁴⁾ befriedigt nicht. Daß ein arbeitsvertragsrechtliches Institut dem personenrechtlichen Wesen des Arbeitsverhältnisses entspricht, ist selbstverständliche Voraussetzung für seine Anerkennung und genügt ohne weiteres nicht, um im Wesen des Arbeitsverhältnisses den dogmatischen Grund des Institutes zu sehen⁵⁾. Zumindest aber erscheint - weil das Wesen des Arbeitsverhältnisses ein recht umfassender Begriff ist - die Begründung allzu summarisch und nicht genügend konkretisiert.

Dersch⁶⁾ begründet die Beschäftigungspflicht mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses und dem sozialrechtlichen Schutz-

1) Hueck-Nipperdey, I S.383; Nikisch, S.513 (s. dort auch Anm.7); Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.265; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.186.

2) Vgl. auch oben unter III 2 b.

3) Staudinger-Weber, Anm. A 488. - Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 611 Anm.186, nennen außer der Fürsorgepflicht die "Idee des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses".

4) Vgl. Bobrowski-Gaul, S.248; Grub, AR-Blattei, Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers: Übersicht (1951), B; Hueck-Nipperdey, I S.382; Nikisch, S.513.

5) Vgl. dazu auch Waechter, DB 1955 S.361.

6) Kaskel-Dersch, S.200 f.

prinzip. Des Rückgriffs auf den Grundgedanken des Arbeitsrechts bedarf es hier aber darum nicht, weil die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die eine Konkretisierung des sozialen Schutzprinzips ist¹⁾, eine ausreichende Begründung bietet.

Schließlich werden die Grundrechte auf Menschenwürde und freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art.1 Abs.1 und Art.2 Abs.1 GG) mit der Treuepflicht des Arbeitgebers zur Rechtfertigung der Beschäftigungspflicht genannt²⁾. Doch erscheint es richtiger, in diesen Rechten nicht den Grund der Beschäftigungspflicht zu sehen, sondern nur ihre Bestätigung, den Beweis dafür, daß diese Pflicht des Arbeitgebers der Grundordnung unseres Rechtes entspricht^{3) 4)}.

V. Pflicht zur Gewährung von Urlaub

Die Pflicht des Arbeitgebers zur Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub folgte - gäbe es weder das Bundesurlaubs-gesetz noch kollektiv- oder einzelvertragliche Urlaubsregelungen - allein aus der dem Arbeitsverhältnis immanenten Treue- und Fürsorgepflicht⁵⁾. Diese gebietet, dem Arbeitnehmer zur

- 1) Vgl. Bulla, Die Arbeitskammer, Zeitschrift der Arbeitskammer des Saarlandes, 1961 S.407 f. unter B. Vgl. auch oben II 2 b, S.91.
- 2) Röhsler, DB 1958 S.1463; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.265; BAG, Urt. v. 10.11.1957, AP Nr.2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.
- 3) Vgl. Enneccerus-Lehmann, S.624; Hueck-Nipperdey, I S.382 Anm.8; Trieschmann, BABl. 1957 S.12.
- 4) Nach Maus, Arbeitsverhältnis, S.223 ff., folgt die Beschäftigungspflicht zwingend aus der Pflicht des Arbeitgebers zur Einstellung, die der Arbeitsvertrag begründe. Eine solche Einstellungspflicht besteht jedoch nicht; vgl. oben im ersten Teil unter I 1, S.2f.
- 5) Das ist heute herrschende Meinung; vgl. z.B. Herschel, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd.1 S.313; Hueck-Nipperdey, I S.433; Nikisch, S.521; Sitzler, AR-Blattei, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I (1958), C IV; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.11 zu den § 617 ff.; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.277; Staudinger-Weber, Anm. A 921, mit weiteren Nachweisen; BAG, Vorlagebeschluß vom 26.10.1955, AP Nr.1 zu § 1 UrlaubsG. Hamburg, mit weiteren Nachweisen; Beschluß des Großen Senats vom 10.11.1961, AP Nr.2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

Regeneration seiner im Dienste des Arbeitgebers verbrauchten geistigen und körperlichen Kräfte bezahlte Freizeit zu geben und ihn so vor Gesundheitsschäden zu schützen. Als Konkretisierung der allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, welcher ihrer großen Bedeutung wegen der Rang eines selbständigen arbeitsverhältnisrechtlichen Institutes zukommt¹⁾, hat die Pflicht des Arbeitgebers zur Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ihren bürgerlichrechtlichen Grund in § 242 BGB²⁾.

Diese Begründung schließt nicht aus, daß zur Rechtfertigung und Bestätigung der Pflicht zusätzlich weitere Argumente - die Prinzipien des sozialen Rechtsstaates der Art. 20 und 28 GG³⁾, Gewohnheitsrecht⁴⁾ - gebracht werden⁵⁾ 6).

.. Kaskel-Dersch, S. 196, schreiben, daß diese Begründung der Bedeutung der Pflicht zur Urlaubsgewährung nicht voll gerecht werde. Diese trete nach dem Wesen des Arbeitsverhältnisses als personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses durchaus gleichwertig als selbständige, eigenständige Pflicht neben die Fürsorgepflicht und die anderen Pflichten des Arbeitgebers. Der letzte Satz ist richtig, schließt aber nicht aus, daß dieses selbständige Institut aus der Treue- und Fürsorgepflicht erwachsen und in ihr noch seinen Rechtsgrund haben kann. - Vgl. auch Neumann, DB 1957 S. 68, der die Fürsorgepflicht als Anspruchsgrundlage nicht gelten lassen will. - Die Begründung mit dem Schutzcharakter des Arbeitsrechts und dem daraus folgenden sozialrechtlichen Schutzprinzip (Kaskel-Dersch, S. 196) überzeugt nicht. Dieser Leitsatz, der zur Überprüfung arbeitsrechtlicher Ergebnisse vorzüglich geeignet ist, taugt seines allgemeinen Charakters wegen zur Begründung einzelner Institute nur in seltenen Fällen; vgl. dazu Nikisch, S. 496 f.

- 1) Sitzler, AR-Blattei, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers I (1958), A V 2 und C IV.
- 2) Vgl. BAG, Vorlagebeschluß vom 26.10.1955, AP Nr. 1 zu § 1 UrlaubsG. Hamburg.
- 3) BAG, Vorlagebeschluß vom 26.10.1955, AP Nr. 1 zu § 1 UrlaubsG. Hamburg; Urt. v. 20.4.1956, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht. Vgl. aber auch Staudinger-Weber, Anm. A 922.
- 4) Hueck-Nipperdey, I S. 433; Kaskel-Dersch, S. 196; Nikisch, S. 521; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm. 277; Staudinger-Weber, Anm. A 922; BAG, Urt. v. 20.4.1956, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht.
- 5) § 618 BGB allerdings ist keine Wurzel der Pflicht des Arbeitgebers zur Gewährung von Urlaub (anders BAG, Vorlagebeschluß vom 26.10.1955, AP Nr. 1 zu § 1 UrlaubsG. Hamburg; Urt. v. 20.4.1956, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Urlaubsrecht). Diese Vorschrift ist auch nur eine Konkretisierung der ...

VI. Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen

Die Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer Aufwendungen zu ersetzen, welche dieser in Erfüllung seiner Arbeitspflicht macht und den Umständen nach für erforderlich halten darf, folgt, soweit der Arbeitsvertrag eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB - eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art innerhalb einer fremden wirtschaftlichen Interessensphäre - zum Gegenstand hat, aus den §§ 675, 670 BGB¹⁾. Sind die Voraussetzungen einer so verstandenen Geschäftsbesorgung nicht erfüllt, dann ist § 670 BGB ohne die "Brücke" des § 675 BGB entsprechend anzuwenden²⁾, will man nicht, "wofür theoretisch und praktisch vieles spricht"³⁾, auch in § 675 BGB die Geschäftsbesorgung nur als "Tätigkeit für einen anderen" begreifen, so daß der Arbeitsvertrag bei jeder Beschäftigung des Arbeitnehmers ein "Dienstvertrag ist, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat" (§ 675 BGB)⁴⁾.

Aufwendungen, die der Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes⁵⁾ in entsprechender Anwendung des § 670 BGB dem Arbeitnehmer zu ersetzen hat, sind auch solche Sachschäden, "die in Vollzug einer gefährlichen Arbeit

.. allgemeinen Treue- und Fürsorgepflicht, ist nur "die Schwester", nicht "die Mutter" der Pflicht zur Gewährung von Urlaub.

6) Eine Darstellung der verschiedenen Begründungsversuche mit Hinweisen auch auf die ältere Literatur bringt Neumann in Dersch-Neumann, § 1 Anm.10 ff.

1) Hueck-Nipperdey, I S.387; Kaskel-Dersch, S.205; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.270.

2) Hueck-Nipperdey, I S.387; Schnorr v. Carolsfeld, S.245; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 611 Anm.270; BAG, Beschluß des Großen Senats vom 10.11.1961, AP Nr.2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers; etwas anders Kaskel-Dersch, S.205; vgl. auch BAG, Urt.v.1.2.1963, DB 1963 S.698.

3) BAG, Beschluß des Großen Senats v.10.11.1961, AP Nr.2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers, mit Literaturnachweisen.

4) So Isele, AP, Anm. zu Nr.2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers, und NJW 1963 S.1102.

5) BAG, Beschluß des Großen Senats vom 10.11.1961, AP Nr.2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers, mit zustimmender Anmerkung von Isele; Urt. vom 2.2.1962, AP Nr.3 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

entstehen und durchaus außergewöhnlich sind, mit denen also der Arbeitnehmer nach der Art des Betriebes oder nach der Art der Arbeit nicht zu rechnen hatte".

4. Kapitel: Beendigung des Arbeitsverhältnisses

I. Kündigung

Ein Kennzeichen der Dauerschuldverhältnisse, zu denen auch das Arbeitsverhältnis zählt, ist es, daß sie durch Kündigung, die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung eines Vertragspartners, beendet werden können. Arbeitsverhältnisse enden, schon weil sie gewöhnlich auf unbestimmte Zeit eingegangen sind, sogar in aller Regel durch Kündigung einer Arbeitsvertragspartei.

Das Dienstvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches regelt die Kündigung des Dienstverhältnisses, und damit auch die des Arbeitsverhältnisses, in den §§ 620 ff. BGB. Diese Vorschriften ordnen die Kündigung jedoch nicht abschließend. Für gewisse Gruppen von Arbeitsverhältnissen gibt es besondere Bestimmungen, so - zum Beispiel - für die Arbeitsverhältnisse der kaufmännischen Angestellten in den §§ 66 ff. HGB, der gewerblichen Arbeiter in den §§ 122 ff. GewO. Bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber aber sind heute vor allem die Normen des Kündigungsschutzrechtes zu beachten. Sie schränken das freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers ein, von dem alle zuvor genannten Bestimmungen ausgehen. Den allgemeinen Kündigungsschutz gewähren dem Arbeitnehmer in erster Linie das Kündigungsschutzgesetz vom 10. August 1951 und das Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926. - Die bürgerlich rechtlichen Kündigungsvorschriften haben danach für das Arbeitsverhältnis nur insoweit Bedeutung, als nicht spezieller Bestimmungen oder Normen des zwingenden Kündigungsschutzrechtes vorgehen.

II. Fristablauf

Für das bürgerlichrechtliche Dienstverhältnis bestimmt § 620 Abs.1 BGB: Das Dienstverhältnis endet mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch gestattet also - dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entsprechend - die Vereinbarung befristeter Dienstverhältnisse. Daraus folgt, daß - zumindest grundsätzlich - auch Arbeitsverhältnisse befristet eingegangen werden können¹⁾.

Doch sind sich Literatur und Rechtsprechung darin einig, daß der wirksamen Befristung von Arbeitsverhältnissen Grenzen gezogen werden müssen, welche letztlich die Existenz der Kündigungsschutznormen fordert. Die Meinungen darüber, wo genau diese Schranken zu errichten und wie sie zu begründen sind, differieren. Grenzen wirksamer Befristungen bildeten die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers²⁾, der Grundsatz der Sozialstaatlichkeit³⁾, das "Verbot des Bestandsschutzverzichtes"⁴⁾ und der Gesetzesumgehung⁵⁾. Dabei wird nicht selten an das befristete Arbeitsverhältnis, das an eine "Kette" vorausgegangener gleichfalls befristeter Arbeitsverhältnisse zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien

- 1) Vgl. z.B. Bötticher, SAE 1961 S.128 ff.; Hueck-Nipperdey, I S.535 ff.; Molitor, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VIII, Anm. zu Entscheidung 3; Nikisch, S.670 ff.; BAG, Beschluß des Großen Senats v.12.10.1960, AP Nr.16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; Urt.v. 3.8.1961, AP Nr.19 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.
- 2) Hueck-Nipperdey, I S.535; Hueck, KSchG., § 1 Anm.24; Staudinger-Weber, Anm. A 883; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 620 Anm.13, und Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 620 Anm.6 f., die zudem aber auch mit der Gesetzesumgehung argumentieren. Vgl. auch Nikisch, S.671 Anm.36.
- 3) BAG, Urt. v.21.10.1954, AP Nr.7 zu § 1 KSchG.; dazu kritisch Hueck-Nipperdey, I S.535 Anm.37; Nikisch, S.671.
- 4) Bötticher, BB 1955 S.674; dazu kritisch Hueck-Nipperdey, I S.535 f. Anm.37; Nikisch, S.673 Anm.43.
- 5) Kaskel-Dersch, S.206; Nikisch, S.671; Staudinger-Nipperdey-Neumann, § 620 Anm.13, und Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, § 620 Anm.6 f., nennen außerdem die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers; BAG, Beschluß des Großen Senats vom 12.10.1960, AP Nr.16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

anknüpft, ein anderer Maßstab gelegt als an das erste zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer befristet begründete Arbeitsverhältnis¹⁾.

Die richtige Antwort auf die Frage, wann und warum die Befristung eines Arbeitsverhältnisses nicht wirksam ist, hilft das Bundesarbeitsgericht²⁾ finden. - Mit Recht unterscheidet das Gericht nicht zwischen "einfachen Zeitverträgen" und "Kettenarbeitsverträgen"³⁾. Daß dem Arbeitsvertrag, dessen Wirksamkeit zu prüfen ist, schon andere Arbeitsverträge vorangingen, die auch die Abrede der Befristung enthielten, kann wohl Hinweise für die Lösung des einzelnen Falles geben, nicht aber die Anlegung eines unterschiedlichen Beurteilungsmaßstabes rechtfertigen. - "Der Große Senat hält" - wiederum zu Recht - "für die Beurteilung und Lösung des Problems die Anwendung des Rechtsbegriffs der Gesetzesumgehung für geboten". Denn die Schranken, die der Wirksamkeit einer Befristungsabrede im Arbeitsvertrag gesetzt sind, haben ihren Grund allein in dem vom Gesetzgeber gewollten Nebeneinander der "sozialrechtlichen" zwingenden Kündigungsschutznormen und der - in gewissem Sinne entgegengesetzten - "liberalrechtlichen" Vorschrift des § 620 Abs.1 BGB. Das Bundesarbeitsgericht versteht nun die Gesetzesumgehung objektiv und hält ihren Tatbestand schon dann für erfüllt, wenn bei Abschluß des Arbeitsvertrages ein sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses fehlt⁴⁾. Doch geht damit das Gericht wohl zu weit. Denn es erscheint sehr zweifelhaft, ob angesichts des § 620 Abs.1 BGB - trotz des Verfassungsgrundsatzes des sozialen Staates - Rechtsprechung und Lehre mehr vermögen, als zwischen dem Kündigungsschutzrecht und der bürgerlichrechtlichen Vorschrift eine Schranke zu errichten, die Gewinne der sozialen Norm auf Kosten der liberalen - und umgekehrt - verhindert⁵⁾. Diese Schranke

1) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.538 f. unter Ziff.7.

2) Beschluß des Großen Senats v.12.10.1960, AP Nr.16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

3) Ebenso "im Grundsatz" Herschel-Steinmann, § 1 Anm.14 b; keinen Unterschied macht auch Molitor, AR-Blattei, Kettenarbeitsverträge I (1962) unter C III.

4) Zustimmend Herschel-Steinmann, § 1 Anm.14 a.

5) Vgl. Dazu Böttcher, SAE 1961 S.130 unter IV.

setzt Bötticher¹⁾ richtig. Er hält den Tatbestand der Gesetzesumgehung, die er nicht allein objektiv begreift, erst dann für erfüllt, wenn der Arbeitgeber das befristete Arbeitsverhältnis der Normen des Kündigungsschutzrechtes wegen gewählt hat, wenn - mit anderen Worten - bei der Wahl zwischen dem befristeten und dem unbefristeten Arbeitsverhältnis die Vermeidung des Kündigungsschutzes den Ausschlag gab²⁾.

III. Aufhebungsvertrag

Gemäß dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) kann das Arbeitsverhältnis durch den dem Arbeitsvertrag entsprechenden actus contrarius, einen Aufhebungsvertrag, beendet werden³⁾. Auf diesen Vertrag finden, anders als auf den Arbeitsvertrag, die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere auch die Vorschriften über die Nichtigkeit und die Anfechtung uneingeschränkt Anwendung⁴⁾.

IV. Bedingung

Haben die Parteien den Arbeitsvertrag gemäß § 158 Abs.2 BGB unter einer auflösenden Bedingung geschlossen, so endet das Arbeitsverhältnis mit ihrem Eintritt ohne weiteres⁵⁾. Einer Kündigung bedarf es deshalb nicht. - Eine Bedingung indes, deren Eintritt allein vom Willen des Arbeitgebers abhängt, wie z.B. der Erwerb eines arbeitsparenden Automaten, wird

1) SAE 1961 S.130 unter IV.

2) Vgl. auch Nikisch, S.671, der - ganz ähnlich - eine Gesetzesumgehung dann annimmt, "wenn nach Lage der Sache ein Vertrag auf unbestimmte Zeit offenbar das Gegebene wäre und die Befristung nur den Zweck haben kann, dem Arbeitgeber ohne Rücksicht auf die Interessen des Arbeitnehmers und den ihm durch zwingende gesetzliche Vorschriften zugedachten Kündigungsschutz die Lösung des Arbeitsverhältnisses zu erleichtern."

3) Vgl. z.B. Dersch, S.208.f.; Hueck-Nipperdey, I S.528; Nikisch, S.666 f.; BAG, Urt.v.14.7.1960, AP Nr.13 zu § 123 BGB.

4) Zur Anfechtung gemäß § 123 BGB vgl. Galperin, DB 1961 S.238; BAG, Urt.v.14.7.1960, AP Nr.13 zu § 123 BGB.

5) Vgl. Hueck-Nipperdey, I S.624 und dort Anm.2; Molitor, AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VIII (1962) unter B; Nikisch, S.668; Staudinger-Nipperdey-Neumann, Vorbem.36 zu den § 620 ff.; LAG Bremen, v.8.12.1954, WA 1955 S.74.

wohl das Arbeitsverhältnis nur unter den besonderen Voraussetzungen des Kündigungsschutzrechtes lösen können. Denn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Eintritt einer auflösenden Potestativbedingung unterscheidet sich von der durch Kündigung nur dadurch, daß im ersten Falle der freie Wille des Arbeitgebers mittelbar, im zweiten Falle unmittelbar das Rechtsverhältnis löst. Der Schutzcharakter des Arbeitsrechts und das Gewicht des Kündigungsschutzrechtes erlauben es nicht, den betroffenen Arbeitnehmer dieses Unterschiedes in der Konstruktion wegen schlechter zu stellen als einen unbefristet und unbedingt Angenommenen, zumal eine Differenzierung helfe, Kündigungsschutznormen zu umgehen¹⁾.

1) Vgl. dazu auch Hueck-Nipperdey, I S.624 Anm.2.

DRITTER TEIL:

Entwicklungstendenzen und ihre Deutung

I. Arten gesetzlicher Rechtsbeziehungen

Die im vorangehenden Teil dargestellten gesetzlichen Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis können in zwei verschiedene Gruppen eingeteilt werden.

Der einen gehören ausgesprochen bürgerlichrechtliche Rechtsbeziehungen an, die nicht nur in den Rechtsverhältnissen des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern darüber hinaus - unverändert oder modifiziert - auch im Arbeitsverhältnis bestehen. So sind zum Beispiel die gesetzlichen Rechtsbeziehungen, die aus Vertragsangebot und -annahme oder dem Handeln als Vertreter folgen, im Arbeitsverhältnisrecht die gleichen wie im bürgerlichen Recht, das sie begründet¹⁾. Die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches etwa über die Nichtigkeit, die Anfechtung, den Verzug oder die von einem Vertragsteil zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung schaffen im Arbeitsverhältnis wohl bürgerlichrechtliche, aber arbeitsverhältnisrechtlich modifizierte Rechtsbeziehungen²⁾. Charakterisiert wird diese erste Gruppe gesetzlicher Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis durch die - grundsätzlich - positive Antwort auf die Frage: Gilt diese bürgerlichrechtliche Norm auch im Arbeitsverhältnisrecht?

Die zweite Gruppe bilden typisch arbeitsverhältnisrechtliche Rechtsbeziehungen, die in der Regel den Rechtsverhältnissen des bürgerlichen Gesetzbuches fremd sind, letztlich jedoch als gesetzliche Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art erklärt werden. Hierher zählen die auf § 242 BGB, dem Grundsatz von Treu und Glauben, gründende, dem Arbeitsverhältnis immanente Treuepflicht der Arbeitsvertragsparteien³⁾ und die

1) Vgl. oben S.8 f.

2) Vgl. oben S.10 (Nichtigkeit), S.30 (Anfechtung), S.51 (Verzug) und S.46 (Unmöglichkeit).

3) S. dazu oben S.75 (Treuepflicht des Arbeitnehmers) und S.89 (Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers).

vielen mit ihr erklärten - und so mittelbar aus § 242 BGB folgenden - Institute wie die Gleichbehandlungspflicht¹⁾, die Beschäftigungspflicht²⁾ oder der innerbetriebliche Schadensausgleich³⁾. Diese Gruppe gesetzlicher Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis kennzeichnet die positive Antwort auf die Frage: Läßt sich diese anerkannte arbeitsverhältnisrechtliche Rechtsbeziehung mit einer Norm des bürgerlichen Gesetzbuches erklären?

Auf den ersten Blick könnte man nun meinen, der Begriff der gesetzlichen Rechtsbeziehung bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis stünde für 2 Fragen, die nur wenig miteinander gemein haben. Doch der Schein trügt. Die beiden Gruppen unterscheiden sich in Wahrheit allein durch die Richtung ein und desselben Gedankens: Einmal ist - und das kennzeichnet die erste Gruppe - Ausgangspunkt der Überlegung die bürgerlichrechtliche Norm, ihr Ziel ein arbeitsverhältnisrechtlich vertretbares Ergebnis der Anwendung. Das andere Mal beginnt - dies ist das Charakteristikum der zweiten Gruppe - der Gedankengang bei einem Ergebnis, das Rechtsprechung und Literatur erarbeitet haben, das anfangs vielleicht auf verschiedenste Weise gerechtfertigt wurde und nun auf den festen Grund einer bürgerlichrechtlichen Norm gestellt werden soll.

II. Tendenzen der Anerkennung gesetzlicher Rechtsbeziehungen

Die Anerkennung gesetzlicher Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis durch Rechtsprechung und Lehre zeigt gewisse Tendenzen. Sie sind bei jeder der zwei Gruppen verschieden, lassen sich aber - das soll unter Ziffer III dargestellt werden - im gleichen Sinne deuten.

So ist für das erste Jahrzehnt nach dem Ende des letzten Krieges die - uns heute übertrieben scheinende - Vorsicht

1) S.94
2) S.102
3) S.68

bezeichnend, mit der oft die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Arbeitsverhältnis angewandt wurden. Manche Entscheidungen und Aufsätze verraten deutlich Zweifel an der sozialen Gerechtigkeit des Bürgerlichen Gesetzbuches. Charakteristisch für jene Zeit, wenn auch, das muß zugegeben werden, ein Einzelfall, ist das Urteil des Landesarbeitsgerichtes Stuttgart vom 17.9.1954 ¹⁾, nach welchem die bürgerlichrechtlichen Normen nicht mehr unmittelbar für das Arbeitsverhältnis gelten ²⁾. erinnert sei an den Streit darüber, ob der Arbeitsvertrag gemäß den §§ 119 ff. BGB angefochten werden könne, und an die extreme - damals in der Literatur und ähnlich auch in der Rechtsprechung vertretene - Auffassung, daß die Anwendung der bürgerlichrechtlichen Anfechtungsregeln auf das Arbeitsverhältnis objektiv unmöglich sei ³⁾. Hierher gehört auch die Rechtsprechung dieser Jahre zu der Frage, ob für das Arbeitsverhältnis die Regeln des gegenseitigen Vertrages gelten ⁴⁾. - Diese so oft zu beobachtende, auffallende Distanz, die Autoren und Gerichte im Arbeitsrecht zu den Normen des bürgerlichen Gesetzbuches hielten, verringerte sich seit dem Ende der 50er Jahre unter der Führung des Bundesarbeitsgerichtes merklich. In seinen Urteilen vom 15.11 und 5.12.1957 ⁵⁾ sprach das Gericht aus, daß die Normen des Allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches gleich den Normen über gegenseitige Verträge "grundsätzlich" auch auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind ⁶⁾. Zugleich entschied das Bundesarbeitsgericht in dem zuletzt genannten Urteil, daß Arbeitsverträge - wenn auch mit beschränkter Wirkung - angefochten werden können, und

1) AP Nr.2 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitgebers.

2) Vgl. auch Denescke, RdA 1952 S.212.

3) Vgl. dazu S.31 f.

4) Der BGH (Urt. v. 11.7.1953, BGHZ Bd.10 S.187, 191 ff.) und das BAG (Urt. v. 22.11.1956, AP Nr.1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko) wollen sie nicht anwenden. Vgl. oben S.48 f.

5) AP Nr.2 zu § 125 BGB und Nr.2 zu § 123 BGB.

6) Vgl. auch das Urteil des BAG vom 8.10.1959, AP Nr.14 zu § 56 BetrVG, in dem es heißt: "Denn das Arbeitsverhältnis ist - unter Wahrung seines personalen Charakters - auf dem wirtschaftlichen Austausch von Arbeit gegen Lohn bzw. Gehalt aufgebaut."

beendete so den bisher darüber geführten Streit zugunsten der damals schon herrschenden Meinung¹⁾. - Heute ist die - wohl historisch begründete oder aus einer gewissen Rechtsunsicherheit und der Furcht vor einem unsozialen Arbeitsrecht folgende - Scheu, bürgerlichrechtliche Normen auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden, allgemein überwunden²⁾. In Rechtsprechung und Literatur läßt sich in jüngster Zeit überdies gar - wenn auch vereinzelt - eine sehr betonte Hinwendung zum Bürgerlichen Gesetzbuch beobachten³⁾. Es liegt nicht allzu fern, dies als den ersten Schritt des Arbeitsverhältnisrechtes auf einem Wege zu deuten, der letztlich wieder zurückführt zu den Anfängen, welche etwa durch die rein bürgerlichrechtliche Betrachtung der Nichtigkeit⁴⁾ und der Anfechtung⁵⁾ des Arbeitsvertrages sowie des Problems des Betriebsrisikos⁶⁾ gekennzeichnet sind. Die Ausnahmen, welche die - oft zu findende⁷⁾ - Rede von der "grundsätzlichen" Anwendbarkeit der bürgerlichrechtlichen Normen auf das Arbeitsverhältnis andeutet, sind wenige Vorschriften,

- 1) Vgl. zur Anfechtung des Arbeitsvertrages oben S.30 ff.
- 2) Denecke, BGB-RGRK, vor § 611 Anm.1, steht mit seiner Meinung, daß die Vorschriften des BGB, namentlich die des gegenseitigen Vertrages, nur noch anwendbar seien, soweit sie sich mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses vereinbaren lassen, wohl allein da; vgl. weiter Denecke, BGB-RGRK, vor § 611 Anm.15. Die gleiche Auffassung klingt allerdings auch bei Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.35 vor § 611, an.
- 3) Vgl. den Beschluß des Großen Senats des BAG v.10.11.1961, AP Nr.2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers; die Anmerkung dazu von Isele unter I ("Aber es scheint jetzt der Zeitpunkt gekommen zu sein für eine Rückbesinnung auf die allgemeinen Prinzipien der Privatrechtsordnung"); Mayer-Maly, JZ 1961 S.209 ("Nicht weiter vom Privatrecht weg, sondern stärker zu ihm zurück führt der richtige Weg"). Siehe ferner Mayer-Maly - Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, Heft 304/305 der Reihe "Recht und Staat", 1965, S.40f, die diesen ihren Gedanken einer Risikoverteilung auch auf die Wertvorstellungen des § 323 BGB gründen.
- 4) Vgl. S.14 Anm.3.
- 5) Vgl. S.31 Anm.5.
- 6) Vgl. S.84 ff.
- 7) So z.B. auch bei Hueck-Nipperdey, I S.132; Schnorr v. Carolsfeld, S.162; Staudinger-Nipperdey-Mohnen, Vorbem.35 vor § 611.

die dem Wesen des Arbeitsverhältnisses widersprechen¹⁾. So gilt im Endeffekt nicht § 142 Abs.1 BGB, der, wenn er gälte, die anfängliche Nichtigkeit des angefochtenen Arbeitsvertrages forderte. Weiter ist z.B. der Rücktritt vom Verträge, den die § 325, 326 BGB erlauben, im Arbeitsverhältnisrecht ausgeschlossen²⁾.

Aber auch im Blick auf die zweite Gruppe gesetzlicher Rechtsbeziehungen bürgerlichrechtlicher Art im Arbeitsverhältnis, der typisch arbeitsverhältnisrechtliche - letztlich indes auf eine bürgerlichrechtliche Norm, § 242 BGB, gegründete - Institute angehören, wird man eine Tendenz ihrer Anerkennung durch Rechtsprechung und Lehre feststellen dürfen. Kennzeichen dieser Tendenz ist ein wachsender Zweifel an der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers - und damit dem in § 242 BGB zum Ausdruck gekommenen Grundsatz von Treu und Glauben - als Grund arbeitsverhältnisrechtlicher Institute. Denn wer bestreitet, daß - zum Beispiel - der innerbetriebliche Schadensausgleich aus der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers folgt, also positivrechtlich letzten Endes auf § 242 BGB gründet, und ihn etwa mit der Betriebsgemeinschaft rechtfertigt, sieht in jenem Institut selbstverständlich nicht eine gesetzliche Rechtsbeziehung bürgerlichrechtlicher Art. Die These von einer solchen Tendenz stützt der Versuch Dersch's³⁾, allgemein anerkannte Institute des Arbeitsverhältnisrechtes nicht mehr, wie das bisher geschah, mit der Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, sondern mit einem - seines allgemeinen, nicht recht faßlichen Charakters wegen wenig befriedigenden⁴⁾ - sozialrechtlichen Schutzprinzip zu begründen⁵⁾. Die Zahl der Autoren, welche die Treue- und Fürsorgepflicht als Rechtsgrundlage zurückdrängen möchte, ist nicht gering⁶⁾.

1) Vgl. z.B. Hueck-Nipperdey, I S.133 Anm.17; BAG, Urt.v. 5.12.1957, AP Nr.2 zu § 123 BGB; s. auch Nikisch, S.162.

2) Vgl. z.B. Nikisch, S.162; im übrigen: S.48 ff. u. 51 f.

3) Festschrift für Herschel, 1955, S.73 f.

4) Vgl. Siebert, RdA 1958 S.368 unter II 1.

5) Zustimmend Farthmann, RdA 1960 S.9.

6) Vgl. Bötticher, RdA 1957 S.317 ("... die so oft bemühte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ..."); Bührig, AuR 1954 S.372; Dersch, RdA 1958 S.445 unter 6a, und Festschrift

Bötticher¹⁾ spricht davon, daß die "Aushilfsfunktion" der Fürsorgepflicht abgebaut werden sollte. Auch die Mahnungen des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichtes in jüngster Zeit²⁾, die Treue- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nicht zu strapazieren³⁾, dürfen als Symptom für ein Unbehagen gewertet werden, das weithin in Rechtsprechung und Lehre bei der Begründung arbeitsverhältnisrechtlicher Ergebnisse mit § 242 BGB aufkommt.

III. Versuch einer Deutung

Diese Tendenzen, die man - trotz aller gebotenen Vorsicht bei der Wertung einzelner Meinungen als symptomatisch - aus der neueren arbeitsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung wohl herauslesen kann, deuten beide auf eines hin: die zunehmende Konsolidierung des Individualarbeitsrechtes. Darauf weist sowohl die fast allgemeine, weitgehende Anwendung des - doch nun durch lange Praxis und gründliche wissenschaftliche Arbeit gefestigten - bürgerlichrechtlichen Normenkomplexes auf das Arbeitsverhältnis hin als auch die - nur scheinbar gegensätzliche - (zumindest innere) Abkehr von der im Arbeitsverhältnisrecht beinahe allmächtigen Generalklausel des § 242 BGB. Denn die Einigung darüber, daß die profilierten Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches, soweit sie überhaupt in Betracht kommen, mit wenigen Ausnahmen auch im Arbeitsverhältnisrecht gelten, und die Suche nach Rechtsgrundlagen, die konkreter sind als § 242 BGB, zeigen an, daß das Individualarbeitsrecht "erwachsen" ist.

.. für Herschel, 1955, S.76 unter dd; Frey, AuR 1960 S.235f. unter III und IV; Hunn, AuR 1955 S.302 ff. unter I 1 b; Mayer-Maly, JZ 1961 S.209 unter Ziff.IV; Schelp, Bundesarbeitsblatt 1957 S.302 unter d; Siebert, RdA 1956 S.14 unter II 3.

1) RdA 1955 S.323 unter IV.

2) Beschlüsse vom 12.10.1960 und 10.11.1961, AP Nr.16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag und Nr.2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

3) Sie wiederholte der 5.Senat des BAG in seinem Urteil v. 1.2.1963, DB 1963 S.698.

Während der Entwicklung des Arbeitsverhältnisrechtes war eine gewisse Distanz zu den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht nur verständlich, sondern überdies geboten. Man konnte - um ein Bild zu gebrauchen - das Arbeitsverhältnis nicht, solange noch niemand wußte, wozu es heranwachsen würde, in den bürgerlichrechtlichen Maßanzug stecken, der ihm zur Zwangsjacke hätte werden und sein Wachstum hätte aufhalten müssen. Wenn Literatur und Rechtsprechung heute dem Arbeitsverhältnis diesen Anzug überziehen und dort, wo er drückt, sorgfältig anpassen, so verrät dies die Überzeugung, daß das Arbeitsverhältnisrecht erwachsen, seine Entwicklung - im wesentlichen jedenfalls - beendet ist.

Die Generalklausel gibt einer heranwachsenden Rechtsdisziplin die zu ihrer Entwicklung notwendige Bewegungsfreiheit, die Möglichkeit, sich abseits starrer Normen, aber doch im Rahmen des Gesetzes zu entfalten. Sie ist für die Fortbildung des Rechtes durch Judikatur und Lehre unentbehrlich. Daß nun gerade die wichtigste Generalklausel des Arbeitsverhältnisrechtes, § 242 BGB, der diese Disziplin so viel verdankt¹⁾, als Rechtsgrundlage ihres notwendig allgemeinen Charakters wegen jetzt oft nicht mehr zu befriedigen scheint, deutet gleichfalls darauf hin, daß die Epoche der Entwicklung vorüber ist, die Zeit der Verfestigung des Arbeitsverhältnisrechtes begonnen hat.

Diesem - aus den beobachteten Tendenzen gezogenen - Schluß entspricht es, daß das Arbeitsverhältnisrecht seit 1945, bis heute 20 Jahre lang, in einer sich ohne Bruch stetig fortentwickelnden gesellschaftlichen Ordnung heranwachsen konnte. Nie zuvor hatte das Arbeitsrecht eine solche Chance. Wechsel der Auffassung von Staat und Gesellschaft unterbrechen bisher seine Entwicklung vor der Zeit und ließen es zu einer Verfestigung des Arbeitsrechtes unter rechtsstaatlichem Vorzeichen, die sich schließlich in einer Neuregelung durch den Gesetzgeber hätte manifestieren können, nicht kommen.

1) Vgl. Dersch, RdA 1958 S.445 unter 6 a, welcher von der "motorischen Kraft der Fürsorge im Arbeitsverhältnis" spricht. Siehe auch Erdsiek, NJW 1961 S.648.

Die - im Blick auf das Arbeitsverhältnisrecht aufgestellte - These vom Ende des Stadiums seiner raschen Entwicklung und vom Beginn einer Zeit der Konsolidierung, des Nachdenkens über die rechtstheoretischen Grundlagen in der Vergangenheit gefundener Ergebnisse, einer Epocne verstärkter Bemühung um anerkannte, überzeugende und weiterhelfende Begründungen, bestätigen endlich die Arbeiten des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung mit dem Ziel einer Kodifikation des Arbeitsrechtes. Diese Vorarbeiten, mit denen die Bundesregierung einen am 2.12.1959 erteilten Auftrag des Deutschen Bundestages¹⁾ erfüllt, sind zunächst vor allem - und das darf als Bestätigung des gezogenen Schlusses gewertet werden - auf das Individualarbeitsrecht (und daneben auch auf das Arbeitsschutzrecht)²⁾ ausgerichtet.

1) Vgl. z.B. Schelp, RdA 1960 S.127 ff.; Trieschmann, AuR 1962 S.42.

2) Vgl. Schelp, BB 1962 S.229 ff.; Trieschmann DB 1962 S.271 ff. und 303 ff.

